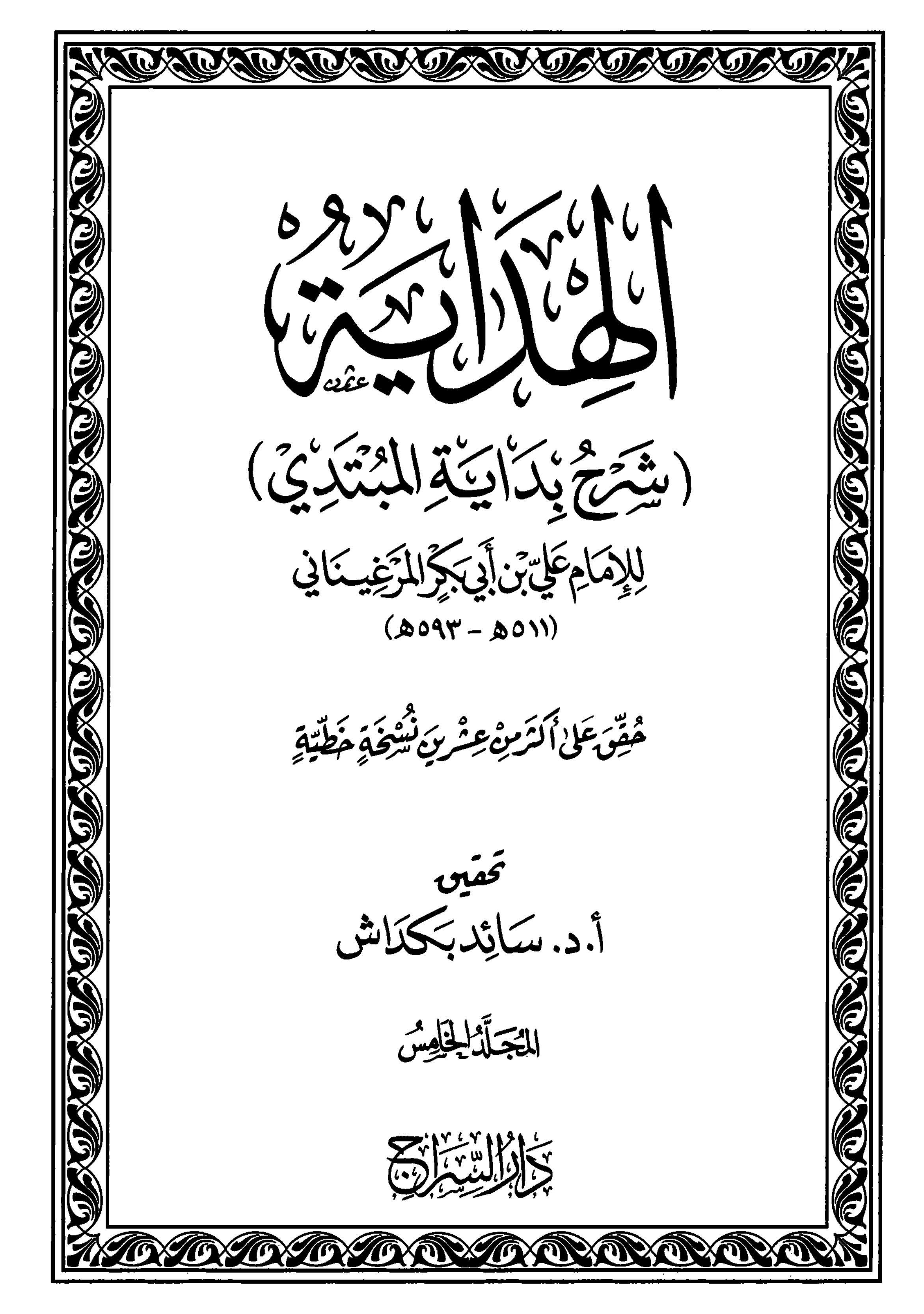


الهداية

(شرح بداية المبتدي)

للإمام علي بن أبي بكر المرغيناني

(٥١١هـ - ٥٩٣هـ)

حقق على أكثر من عشرين نسخة خطية

تحقيق

أ.د. سائد بكداش

المجلد الخامس

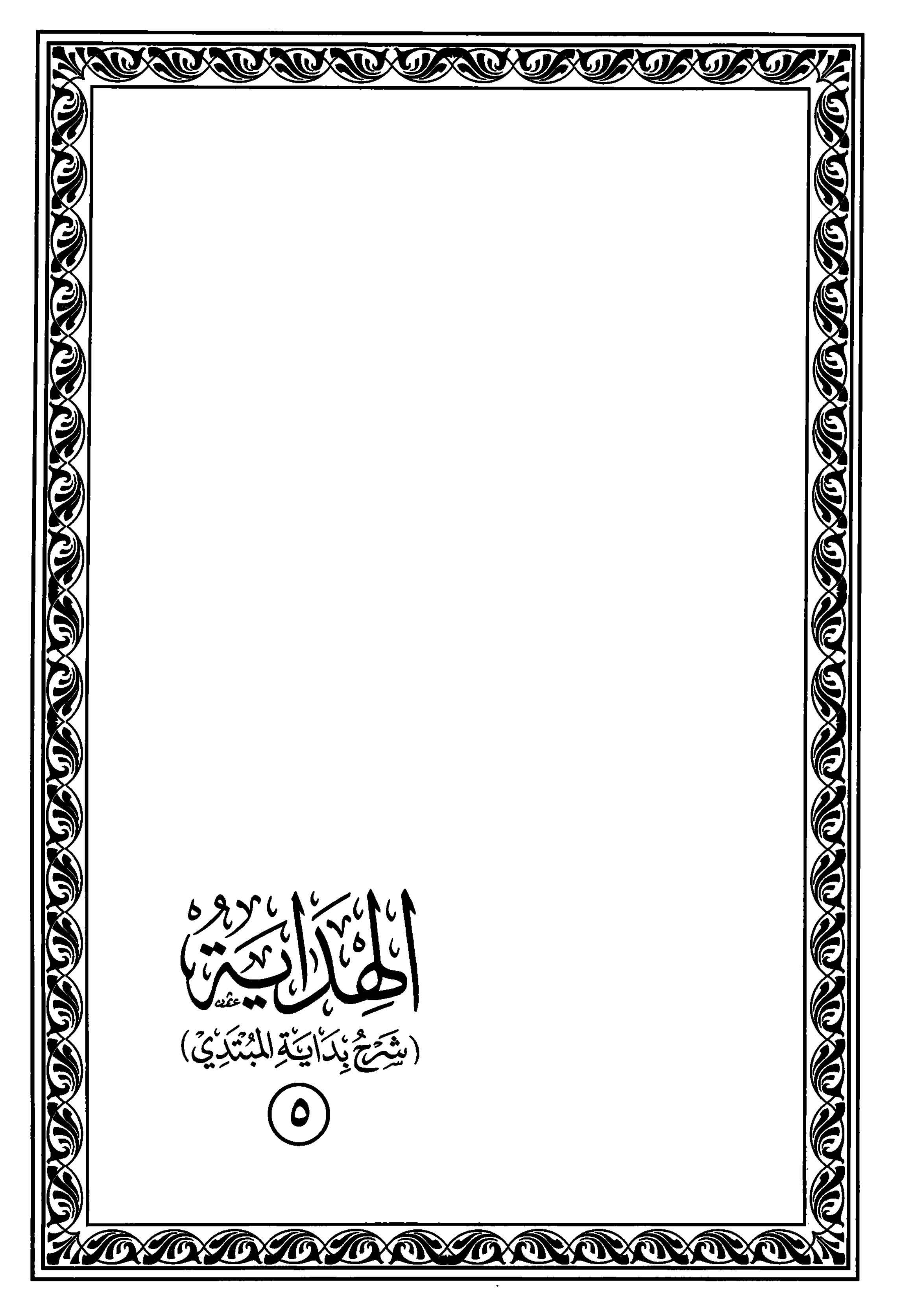
دار السراج

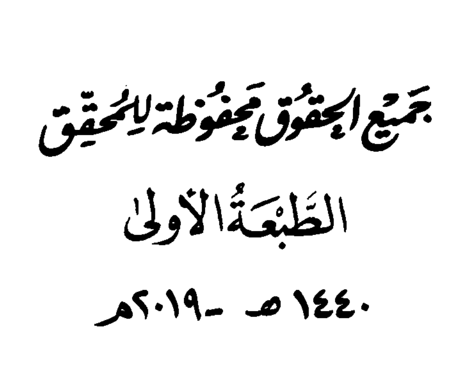


هدايتُنا هذه قد غَدَتْ   طِرازاً لِمَذْهَبِنا المُذْهَبِ

فألفاظُها دُرَرٌ كُلُّها   وما مِثلُها قَطُّ في مَذْهَبِ

(زُيِّنَت بهذَيْن البيتَيْن غُرَّةُ نسخة ٧٣٢هـ)


الهداية
(شرح بداية المبتدي)
٥



دَارُ السِّرَاجِ - المَدِيْنَةُ المُنَوَّرَةُ

يُطلَبُ الكِتَابُ مِنهَا عَلَى العنوانِ التَّالي :

البَرِيْدُ الإلكتروني : SRAJ1000@hotmail.com

جوّال : ٠٠٩٦٦٥٠٥٣١٣٣٢٠

كتاب الصَّرْف

الصَّرْفُ هو: البيعُ إذا كان كلٌّ واحدٍ من عِوَضيْه من جنسِ الأثمان.

فإن باع فضةً بفضةٍ، أو ذهباً بذهبٍ: لا يجوزُ إلا مِثْلاً بمِثلٍ وإنِ اختلفا في الجَوْدةِ والصِّيَاغة.

كتاب الصَّرْف

قال: (الصَّرْفُ هو: البيعُ إذا كان كلٌّ واحدٍ من عِوَضيْه من جنسِ الأثمان).

سُمِّيَ به: للحاجة إلىٰ النقل في بَدَلَيْه من يدٍ إلىٰ يدٍ.

والصَّرْفُ هو: النَّقْلُ والردُّ؛ لغةً.

أو لأنه لا يُطلَبُ منه[1] إلا الزيادةُ، إذ لا يُنتفَعُ بعينه.

والصرفُ هو: الزيادةُ؛ لغةً، كذا قاله الخليلُ[2] رحمه الله.

ومنه سُمِّيتِ العبادة النافلةُ: صَرْفاً.

قال: (فإن باع فضةً بفضةٍ، أو ذهباً بذهبٍ: لا يجوزُ إلا مِثْلاً بمِثلٍ وإنِ اختلفا في الجَوْدةِ والصِّيَاغة).

---

(١) أي من العقد.

(٢) الخليل بن أحمد الفراهيدي الأزدي، الإمام اللغوي الشهير، واضع عِلْمِ العَروض ميزان الشِّعر، وله في كلام العرب: كتاب العَيْن، ت ١٧٠هـ. الأعلام ٢/٣١٤.

ولا بدَّ من قَبْضِ العِوَضَيْن قبلَ الافتراق.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهبُ بالذهب، مِثلاً بمِثلٍ، وَزْناً بوزنٍ، يداً بيدٍ، والفَضْلُ رباً»[1]. الحديث.

وقال عليه الصلاة والسلام: «جيِّدُها، ورَدِيئُها: سواءٌ»[2]، وقد ذكرناه في البيوع.

قال: (ولا بدَّ من قَبْضِ العِوَضَيْن قبلَ الافتراق)؛ لِمَا روينا.

ولقول عمر رضي الله عنه: «وإن استنظركَ أن يَدخلَ بيتَه: فلا تُنظِرْه»[3].

ولأنه لا بدَّ من قَبْضِ أحدِهما؛ ليَخرجَ العقدُ عن بيع الكالئ بالكالئ.

ثم لا بدَّ من قَبْضِ الآخَرِ؛ تحقيقاً للمساواة، فلا[4] يتحقَّقَ الربا.

أو لأنَّ أحدَهما ليس بأَوْلىٰ بالقبض من الآخَر، فوجب قَبْضُهما، سواءٌ كانا يتعيَّنان، كالمَصُوغ، أو لا يتعيَّنان، كالمضروب، أو يتعيَّنُ أحدُهما، ولا يتعينُ الآخَرُ؛ لإطلاق ما روينا.

ولأنه إن كان يتعيَّنُ: ففيه شُبهةُ عدمِ التعيين؛ لكونه ثمناً خِلقةً، فيُشترَطُ قَبْضُه؛ اعتباراً للشبهة في الربا.

والمرادُ منه: الافتراقُ بالأبدان، حتىٰ لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً

---

(١) صحيح مسلم (١٥٨٧)، وينظر نصب الراية ٣٥/٤.

(٢) قال في الدراية ١٥٦/٢: لم أجده، ومعناه يؤخذ من حديث مسلم (١٥٨٤).

(٣) في مسند الحارث (٤٤٠) مرفوعاً: «وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تدعه» وعزاه في الدراية ١٦٣/٢ من قول عمر رضي الله عنه للموطأ ٦٣٤/٢، ومصنف عبد الرزاق (١٤٥٤٢).

(٤) وفي نُسخ: كي لا يتحقق.

وإن باع الذهبَ بالفضة : جاز التفاضلُ، ووَجَبَ التقابُضُ.

فإن افترقا في الصرف قبلَ قبضِ العوضَيْن، أو أحدِهما : بَطَلَ العقدُ.

في جهةٍ واحدةٍ، أو ناما في المجلس، أو أُغمِيَ عليهما: لا يبطلُ الصرفُ.

لقول ابنِ عمر رضي الله عنهما: «وإن وَثَبَ من سَطْحٍ: فثِبْ معه»[١].

وكذا المعتبرُ ما ذكرناه في قَبْضِ رأسِ مالِ السلم.

بخلاف خيارِ المخيَّرة؛ لأنه يبطُلُ بالإعراض فيه.

قال: (وإن باع الذهبَ بالفضة: جاز التفاضلُ)؛ لعدم المجانسة.

(ووَجَبَ التقابُضُ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهبُ بالوَرِقِ رباً إلا هاءً وهاءً»[٢].

قال: (فإن افترقا في الصرف قبلَ قبضِ العوضَيْن، أو أحدِهما: بَطَلَ العقدُ)؛ لفوات الشرط، وهو القبضُ، ولهذا لا يصح شَرْطُ الخيارِ فيه، ولا الأجلُ؛ لأن مع الخيار لا يبقىٰ القبضُ مستَحَقاً.

ولا يصحُّ فيه الأجلُ؛ لأنه يفوتُ القبضُ المستَحَقُّ.

فإن أسقط الخيارَ في المجلس: عاد جائزاً؛ لارتفاعه قبل تقرُّره.

وفيه خلافُ زفر رحمه الله، وقد[٣] بيَّنَّا[٤] نظيرَه.

---

(١) قال في نصب الراية ٥٦/٤: غريب جداً، وفي الدراية ١٦٣/٢: لم أجده.

(٢) بهذا اللفظ في سنن أبي داود (٣٣٤١)، وسكت عنه، صحيح مسلم (١٥٨٦).

(٣) من هنا من قوله: وقد بيَّنَّا... إلىٰ قوله: ها هنا: بعد سطرين: مثبتٌ في نُسخ نفيسة، وسقط من نُسخ كثيرة، وكذلك سقط من طبعات الهداية القديمة.

(٤) وفي نُسخ: وقد مرَّ نظيرُه.

ولا يجوزُ التصرُّفُ في ثمنِ الصرفِ قبلَ قَبْضِه، حتىٰ لو باع ديناراً بعشرةِ دراهمَ، ولم يقبِضِ العشرةَ حتىٰ اشترىٰ بها ثوباً : فالبيعُ في الثوب فاسِدٌ.

بخلاف ما إذا أَسقَطَ الخيارَ[1] بعد الافتراق؛ لأنه تقرَّر الفسادُ.

وإذا وُجد القبضُ في المجلس: كان التقابضُ إسقاطاً للأجل، فيجوز ها هنا.

قال: (ولا يجوزُ التصرُّفُ في ثمنِ الصرفِ قبلَ قَبْضِه، حتىٰ لو باع ديناراً بعشرةِ دراهمَ، ولم يقبِضِ العشرةَ حتىٰ اشترىٰ بها ثوباً: فالبيعُ في الثوب فاسِدٌ).

لأن القبضَ مستَحَقٌّ بالعقد؛ حقّاً لله تعالىٰ، وفي تجويزِه: فواتُه.

وكان ينبغي أن يجوزَ العقدُ[2] في الثوب، كما نُقِلَ عن زفر رحمه الله، لأن الدراهمَ لا تتعيَّنُ، فينصرِفُ العقدُ إلىٰ مطلَقها.

ولكنَّا نقول: الثمنُ في باب الصرف مبيعٌ؛ لأن البيعَ لا بدَّ له منه، ولا شيءَ سوىٰ الثمنَيْن، فيُجعَلُ كلُّ واحدٍ منهما مبيعاً مستَحقاً بالعقد؛ لعدم الأَوْلويَّة، وبيعُ المَبيعِ قبلَ القبض لا يجوز، وليس من ضرورةِ كونه مبيعاً: أن يكون متعيِّناً، كما في المسلَم فيه.

---

(١) وضُبِطت في صلب نُسخة ٧٩٧هـ السلطانية بالمبني للمجهول: أُسقِطَ الخيارُ، ولكن كُتِب في حاشية هذه النسخة هكذا: بنصب الطاء والراء. خَطٌّ مُصنِّف.

(٢) وفي نُسخ: البيع.

ويجوز بيعُ الذهبِ بالفضة مجازَفةً.

ولكنْ يُشترطُ القبضُ في المجلس.

ومَن باع جاريةً قيمتُها ألفُ مثقالِ فضةٍ، وفي عُنُقِها طَوْقُ فضةٍ قيمتُه ألفُ مثقالٍ، بألفَيْ مثقالِ فضةٍ، ونَقَدَ من الثمن ألفَ مثقالٍ، ثم افترقا: فالذي نَقَدَ: ثمنُ الفضة.

وكذا لو اشتراها بألفي مثقالٍ: ألفاً نسيئةً، وألفاً نقداً: فالنقدُ: ثمنُ الطَّوْق.

قال: (ويجوز بيعُ الذهبِ بالفضة مجازَفةً)؛ لأن المساواةَ غيرُ مشروطةٍ فيه، (ولكنْ يُشترطُ القبضُ في المجلس)؛ لِمَا ذكرنا.

بخلاف بيعِه بجنسه مجازَفةً؛ لِمَا فيه من احتمال الربا.

قال: (ومَن باع جاريةً قيمتُها ألفُ مثقالِ فضةٍ، وفي عُنُقِها طَوْقُ فضةٍ قيمتُه ألفُ مثقالٍ، بألفَيْ مثقالِ فضةٍ، ونَقَدَ من الثمن ألفَ مثقالٍ، ثم افترقا: فالذي نَقَدَ: ثمنُ الفضة)؛ لأنَّ قَبْضَ حصةِ الطَّوْقِ واجبٌ في المجلس؛ لكونه بدلَ الصرف، والظاهرُ منه الإتيانُ بالواجب.

قال: (وكذا لو اشتراها بألفي مثقال: ألفاً[1] نسيئةً، وألفاً نقداً: فالنقدُ: ثمنُ الطَّوْق)؛ لأن الأجلَ باطلٌ في الصرف، جائزٌ في بيع الجارية، والمباشرةُ علىٰ وجهِ الجواز، هو الظاهرُ منهما[2].

---

(١) وفي نُسخ: ألفٍ علىٰ البدلية، وكذلك الألف الثانية.

(٢) أي من العاقدين.

وكذلك إن باع سيفاً مُحَلَّىً بمائةِ درهمٍ، وحِلْيَتُه خمسونُ درهماً، فدَفَعَ من الثمن خمسينَ : جاز البيعُ، وكان المقبوضُ حصةَ الفضةِ وإن لم يبيِّن ذلك.

وكذلك إن قال : خُذْ هذه الخمسينَ من ثمنهما.

فإن لم يتقابضا الخمسينَ حتىٰ افترقا : بَطَلَ العقدُ في الحِلْيَة و السيف إن كان لا يَتخلَّصُ إلا بضررٍ.

قال: (وكذلك إن باع سيفاً مُحَلَّىً بمائةِ درهمٍ، وحِلْيَتُه خمسونُ درهماً، فدَفَعَ من الثمن خمسينَ: جاز البيعُ، وكان المقبوضُ حصةَ الفضةِ وإن لم يبيِّن ذلك)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وكذلك إن قال: خُذْ هذه الخمسينَ من ثمنهما)؛ لأن الاثنينَ قد يُرادُ بذِكْرِهما الواحدُ.

قال الله تعالىٰ: ﴿ يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴾. الرحمن/٢٢، والمراد أحدُهما.

وقال صلىٰ الله عليه وسلم لمالك بن الحُوَيْرِث وابنِ عمٍّ له رضي الله عنهما: «إذا سافرتُما: فأذِّنا وأَقِيما»[١]، والمرادُ أحدُهما، فيُحمَلُ عليه؛ لظاهر حاله.

(فإن لم يتقابضا الخمسينَ حتىٰ افترقا: بَطَلَ العقدُ في الحِلْيَة)؛ لأنه صُرْفٌ فيها.

قال: (و) كذا في (السيف إن كان لا يَتخلَّصُ إلا بضررٍ)؛ لأنه لا يُمكنُ تسليمُه بدون الضرر، ولهذا لا يجوز إفرادُه بالبيع، كالجِذْعِ في السقف.

---

(١) سنن الترمذي (٢٠٥)، وقال: حسنٌ صحيحٌ، وأصله في البخاري (٦٥٨).

وإن كان يتخلَّص بغير ضررٍ : جاز البيعُ في السيف، وبَطَلَ في الحِلية.

ومن باعَ إناءَ فضةٍ، ثم افترقا، وقد قَبَضَ بعضَ ثمنه : بَطَلَ البيعُ فيما لم يَقبِضْ، وصحَّ فيما قَبَضَ، وكان الإناءُ مشتركاً بينهما.

ولو استُحِقَّ بعضُ الإناءِ : فالمشتري بالخيار : إن شاء أَخَذَ الباقي . . .

قال: (وإن كان يتخلَّص بغير ضررٍ: جاز البيعُ في السيف، وبَطَلَ في الحِلية)؛ لأنه أمكن إفرادُه بالبيع، فصار كالطَّوْق والجارية.

وهذا إذا كانت الفضةُ المفردَةُ أَزْيدَ مما فيه.

فإن كانت مثلَه، أو أقلَّ منه، أو لا يُدْرَىٰ: لا يجوزُ البيعُ؛ للربا أو لاحتماله.

وجِهَةُ الفسادِ من وَجْهَيْن[١]، والجوازِ[٢] من وجهٍ، وهو أن يكون زائداً، فترجَّحت جِهَةُ الفساد[٣].

قال: (ومن باعَ إناءَ فضةٍ، ثم افترقا، وقد قَبَضَ بعضَ ثمنه: بَطَلَ البيعُ فيما لم يَقبِضْ، وصحَّ فيما قَبَضَ، وكان الإناءُ مشتركاً بينهما)؛ لأنه صَرْفٌ كلُّه، فصحَّ فيما وُجِدَ فيه شَرْطُه، وبَطَلَ فيما لم يوجد، والفسادُ طارئٌ؛ لأنه يصحُّ، ثم يبطلُ بالافتراق، فلا يَشيعُ.

قال: (ولو استُحِقَّ بعضُ الإناءِ: فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَ الباقي

---

(١) أي المساواة والنقصان.

(٢) أي وجهة الجواز.

(٣) وفي طبعات الهداية القديمة: وجِهَة الصحة من وجه، وجِهَة الفساد من وجهين، فترجحت. اهـ

بحصته من الثمن، وإن شاء رَدَّه.

ومَن باع قطعةَ نُقْرةٍ، ثم استُحِقَّ بعضُها: أَخَذَ ما بقِيَ بحصتها من الثمن، ولا خيارَ له.

ومَن باع درهمين وديناراً بدرهمٍ وديناريْن: جاز البيعُ، وجُعِلَ كلُّ جنسٍ بخِلافه.

بحصته من الثمن، وإن شاء رَدَّه)؛ لأن الشركةَ عَيْبٌ في الإناء.

قال: (ومَن باع قطعةَ نُقْرةٍ[1]، ثم استُحِقَّ بعضُها: أَخَذَ ما بقِيَ بحصتها من الثمن، ولا خيارَ له)؛ لأنه لا يَضُرُّه التبعيضُ.

قال: (ومَن باع درهمين وديناراً بدرهمٍ وديناريْن: جاز البيعُ، وجُعِلَ كلُّ جنسٍ بخِلافه).

وقال زفرُ والشافعيُّ[2] رحمهما الله: لا يجوز.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا باع كُرَّ شعيرٍ وكُرَّ حنطةٍ، بكُرَّيْ شعيرٍ وكُرَّيْ حنطة.

لهما: أن في الصرفِ إلىٰ خلافِ الجنس: تغييرَ تصرُّفِه؛ لأنه قابَلَ الجملةَ بالجملة، ومِن قضيتِه الانقسامُ علىٰ الشيوعِ، لا علىٰ التعيين، والتغييرُ لا يجوزُ وإن كان فيه تصحيحُ التصرف، كما إذا اشترىٰ قُلْباً[3] بعشرةٍ، وثوباً

---

(١) أي قطعة فضة مذابة. البناية ١١/٩٣.

(٢) ينظر بحر المذهب للروياني ٤/٤٥٦، ويحرر.

(٣) وهو السِّوار.

. . . .

بعشرة، ثم باعهما[١] مرابحةً: لا يجوز وإن أمكنَ صَرْفُ الربحِ إلىٰ الثوب.

وكذا إذا اشترىٰ عبداً بألفِ درهمٍ، ثم باعه قبلَ نَقْدِ الثمن من البائع مع عبدٍ آخَرَ بألفٍ وخمسِمائةٍ: لا يجوزُ في المشترَىٰ بألفٍ وإن أمكن تصحيحُه بصَرْفِ الألفِ إليه.

وكذا إذا جَمَعَ بين عبدِه وعبدِ غيرِه، وقال: بعتُكَ أحدَهما: لا يجوز وإن أمكن تصحيحُه بصَرْفِه إلىٰ عبده.

وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهمٍ وثوبٍ، وافترقا من غير قَبْضٍ: فَسَدَ العقدُ في الدرهمين، ولا يُصرَفُ الدرهمُ إلىٰ الثوب؛ لِمَا ذكرنا.

ولنا: أن المقابلةَ المطلَقةَ تحتملُ مقابلةَ الفردِ بالفرد، كما في مقابلة الجنس بالجنس، وأنه طريقٌ متعيِّنٌ لتصحيحه[٢]، فيُحمَلُ عليه؛ تصحيحاً لتصرُّفه.

وفيه تغييرُ وَصْفِه[٣]، لا أصلِه؛ لأنه يبقىٰ موجَبُه الأصليُّ، وهو ثبوتُ الملكِ في الكلِّ بمقابلة الكلِّ.

وصار هذا كما إذا باع نصفَ عبدٍ مشترَكٍ بينه وبين غيرِه: يَنصرفُ إلىٰ نصيبه؛ تصحيحاً لتصرُّفه، بخلاف ما عُدَّ من المسائل.

---

(١) أي بيعاً واحداً.

(٢) أي العقد.

(٣) هذا جوابٌ عن قولهما.

ومَن باع أحدَ عشرَ درهماً بعشرةِ دراهمَ ودينارٍ : جاز البيعُ، وتكون العشرةُ بمِثْلها، والدينارُ بدرهمٍ.

أما مسألةُ المرابحة: فلأنه يصيرُ توليةً في القُلْب، بصرف الرِّبحِ كلِّه إلىٰ الثوب.

والطريقُ في المسألةِ الثانيةِ غيرُ متعيِّنٍ؛ لأنه يُمكنُ صَرْفُ الزيادة[1] علىٰ الألف إلىٰ المشترَىٰ.

وفي المسألةِ الثالثة: أُضيفَ البيعُ إلىٰ المُنكَّر[2]، وهو ليس بمحَلٍّ للبيع، والمعيَّنُ ضدُّه.

وفي الأخيرة: العقدُ انعقد صحيحاً، والفسادُ: في حالةِ البقاء، وكلامُنا في الابتداء.

قال: (ومَن باع أحدَ عشرَ درهماً بعشرةِ دراهمَ ودينارٍ: جاز البيعُ، وتكون العشرةُ بمِثْلها، والدينارُ بدرهمٍ)؛ لأن شَرْطَ البيع في الدراهم: التماثلُ، علىٰ ما روينا[3]، فالظاهرُ أنه أراد به ذلك، فبقِيَ الدرهمُ بالدينار، وهما جنسان، ولا يُعتبرُ التساوي فيهما.

ولو تبايعا فضةً بفضةٍ، أو ذهباً بذهب، وأحدُهما أقلُّ، ومع أقلِّهما شيءٌ آخَرُ تبلُغُ قيمتُه باقي الفضةِ: جاز البيعُ من غيرِ كراهيةٍ، وإن لم تبلُغْ: فمَعَ الكراهة.

---

(١) أي الخمسمائة.

(٢) وهو قوله: وكذا إذا اشترىٰ عبداً. البناية ٩٦/١١.

(٣) من الحديث المشهور، وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «مثلاً بمثلٍ».

ومَن كان له علىٰ آخَرَ عشرةُ دراهمَ، فباعه الذي عليه العشرةُ ديناراً بعشرة دراهمَ، ودَفَعَ الدينارَ، وتقاصَّا العشرةَ بالعشرة : فهو جائزٌ.

وإن لم تكن له(١) قيمةٌ، كالتراب: لا يجوز البيعُ؛ لتحقُّق الربا، إذِ الزيادةُ لا يقابِلُها عِوَضٌ، فيكون رباً.

قال: (ومَن كان له علىٰ آخَرَ عشرةُ دراهمَ، فباعه الذي عليه العشرةُ ديناراً بعشرة دراهمَ، ودَفَعَ الدينارَ، وتقاصَّا العشرةَ بالعشرة: فهو جائزٌ).

ومعنىٰ المسألة: إذا باع بعشرةٍ مطلَقةٍ.

ووَجْهُه: أنه يجبُ بهذا العقدِ ثمنٌ يجبُ عليه تعيينُه بالقبض؛ لِمَا ذكرنا، والدَّيْنُ ليس بهذه الصفة، فلا تقعُ المقاصَّةُ بنفس العقد(٢)؛ لعدم المجانسة.

فإذا تقاصَّا: يتضمَّنُ ذلك فسخَ الأولِ، والإضافةَ إلىٰ الدَّيْن، إذْ لولا ذلك: يكونُ استبدالاً ببدل الصرف، وفي الإضافةِ إلىٰ الدَّيْن: تقعُ المقاصةُ بنفسِ العقد، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

والفسخُ قد يثبتُ بطريق الاقتضاء(٣)، كما إذا تبايعا بألفٍ، ثم تبايعا بألفٍ وخمسِمائة.

وزفرُ رحمه الله يخالِفُنا فيه؛ لأنه لا يقولُ بالاقتضاء.

وهذا إذا كان الدَّيْنُ سابقاً، فإن كان لاحِقاً: فكذلك، في أصحِّ

---

(١) أي للشيء الآخر.

(٢) وفي نسخ: البيع، أما طبعات الهداية القديمة ففيها: المبيع.

(٣) لا صريحاً، وهذا جوابٌ عن إيراد. ينظر البناية ١١/٩٩.

ويجوزُ بيعُ درهمٍ صحيحٍ ودرهَمَيْن غَلَّةٍ، بدرهمين صحيحَيْن ودرهمٍ غلَّةٍ.

وإذا كان الغالبُ علىٰ الدراهم الفضةَ: فهي فضةٌ، وإذا كان الغالبُ علىٰ الدنانير الذهبَ: فهي ذهبٌ.

ويُعتبرُ فيهما من تحريم التفاضل ما يُعتبر في الجِيَاد.

الروايتَيْن[1]؛ لتضمُّنِه انفساخَ الأول، والإضافةَ إلىٰ دَيْنٍ قائمٍ وقتَ تحويل العقد، فكفىٰ ذلك للجواز.

قال: (ويجوزُ بيعُ درهمٍ صحيحٍ ودرهَمَيْن غَلَّةٍ، بدرهمين صحيحَيْن ودرهمٍ غلَّةٍ).

والغَلَّةُ: ما يَردُّه بيتُ المال، ويأخذُه التجار.

ووَجْهُه: تحقُّق المساواةِ في الوزن، وما عُرِف من سقوطِ اعتبارِ الجودة.

قال: (وإذا كان الغالبُ علىٰ الدراهم الفضةَ: فهي فضةٌ، وإذا كان الغالبُ علىٰ الدنانير الذهبَ: فهي ذهبٌ.

ويُعتبرُ فيهما من تحريم التفاضل ما يُعتبر في الجِيَاد)، حتىٰ لا يجوزُ بيعُ الخالصةِ بها، ولا بيعُ بعضِها ببعضٍ إلا متساوياً في الوزن.

وكذا لا يجوزُ الاستقراضُ بها إلا وزناً؛ لأن النقودَ لا تخلو عن قليلِ غِشٍّ عادةً؛ لأنها لا تنطبعُ إلا مع الغِشِّ.

---

(١) في رواية أبي سليمان، وهي التي اختارها فخر الإسلام والمصنِّف، وفي رواية أبي حفص: لا تقع المقاصة، وهي التي اختارها شمس الأئمة وقاضي خان. البناية ١١/١٠٠.

وإن كان الغالبُ عليهما الغِشَّ : فليسا في حكم الدراهم والدنانير .

وإن بِيْعَتْ بجنسِها متفاضلاً : جاز البيعُ .

وقد يكونُ الغِشُّ خِلْقياً، كما في الرديءِ منه، فيُلحَقُ القليلُ بالرداءة. والجيدُ والرديءُ فيه: سواءٌ.

قال: (وإن كان الغالبُ عليهما الغِشَّ: فليسا في حكم الدراهم والدنانير)؛ اعتباراً للغالب.

فإن اشترىٰ بها فضةً خالصةً: فهي[1] علىٰ الوجوهِ التي ذَكَرْناها في حِلْية السيف.

قال: (وإن بِيْعَتْ بجنسها متفاضلاً: جاز البيعُ)؛ صَرْفاً للجنس إلىٰ خلافِ الجنسِ، فهي في حُكْمِ شيئَيْن: فضةٍ وصُفْرٍ، ولكنه صَرْفٌ[2]، حتىٰ يُشترطُ القبضُ في المجلس؛ لوجود الفضةِ من الجانبَيْن.

فإذا شُرِطَ القبضُ في الفضة: يُشترَطُ في الصُّفْر؛ لأنه لا يتميَّزُ عنه إلا بضررٍ.

قال رضي الله عنه: ومشايخُنا رحمهم الله لم يُفتُوا بجواز ذلك[3] في

---

(١) أي المبايعة.

(٢) هذا جوابُ إشكالٍ، وهو أن يُقال: ينبغي ألا يُشترط القبض في هذه الصورة؛ لأنه لمَّا صُرِف الجنس إلىٰ خلاف الجنس، أي الفضة إلىٰ الصُّفر: لم يبق صرفاً، فكيف يُشترط التقابض؟ فأجاب بقوله: ولكنه صَرْفٌ، تقريره: أن هذا البيع صرفٌ. البناية ١١/١٠٢.

(٣) أي التفاضل.

. . . .

العَدَالِي[1]، والغَطَارِفَةِ[2]؛ لأنها أَعَزُّ الأموال في ديارنا[3]، فلو أُبِيْحَ التفاضلُ فيه: ينفتحُ بابُ الربا.

ثم إن كانت[4] تَرُوجُ بالوزن: فالتبايعُ والاستقراضُ فيهما بالوزن.

وإن كانت تَرُوْجُ بالعَدِّ: فبالعَدِّ.

وإن كانت تروجُ بهما: فبكلٍّ واحدٍ منهما؛ لأن المعتبرَ هو المعتادُ فيهما إذ[5] لم يكن فيهما نصٌّ.

ثم هي ما دامت تروجُ: تكون أثماناً لا تتعيَّنُ بالتعيين، وإذا كانت لا تَرُوْجُ: فهي سلعةٌ تتعيَّن بالتعيين.

وإذا كانت يقبلُها البعضُ دونَ البعض: فهي كالزُّيوف لا يتعلَّقُ العقدُ بعَيْنها، بل بجنسِها زُيوفاً إن كان البائع يَعلَمُ بحالها؛ لتحقُّقِ الرضا منه، وبجنسها من الجياد إن كان لا يَعلمُ؛ لعدم الرضا منه.

---

(١) هي الدراهم المنسوبة إلىٰ: العَدَال، وكأنه اسم مَلِكٍ نُسب إليه درهمٌ فيه غشٌّ. البناية ١٠٣/١١.

(٢) أي الدراهم الغِطْرِيفية، وهي منسوبةٌ إلىٰ غِطْرِيف، وهو ابنُ عطاء الكندي، أميرُ خراسان، أيامَ هارون الرشيد، وقيل: هو خالُ هارون الرشيد. البناية ١٠٣/١١.

(٣) أي في بخارىٰ، وسمرقند.

(٤) أي الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٥) بدون ألف، كما رجحه في البناية ١٠٣/١١، وفي غالب النسخ: إذا. بالألف.

وإذا اشترىٰ بها سِلْعةً، فكَسَدَتْ، وتَرَكَ الناسُ المعاملةَ بها: بطل البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه قيمتُها يومَ البيع.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه قيمتُها آخِرَ ما تعامَلَ الناسُ بها.

قال: (وإذا اشترىٰ بها[1] سِلْعةً، فكَسَدَتْ، وتَرَكَ الناسُ المعاملةَ بها: بطل البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه قيمتُها يومَ البيع.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه قيمتُها آخِرَ ما تعامَلَ الناسُ بها).

لهما: أن العقدَ قد صحَّ، إلا أنه تعذَّر التسليمُ بالكساد، وأنه لا يوجِبُ الفسادَ، كما إذا اشترىٰ بالرُّطَب، فانقطع أَوَانُه[2].

وإذا بقِيَ العقدُ: وجبتِ القيمةُ، لكنْ عند أبي يوسف رحمه الله: وقتَ البيع؛ لأنه مضمونٌ به.

وعند محمد رحمه الله: يومَ الانقطاع؛ لأنه أوانُ الانتقالِ إلىٰ القيمة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الثمنَ يَهلِكُ بالكساد؛ لأن الثمنيةَ بالاصطلاح، وما بقِيَ: فيبقىٰ بيعاً بلا ثمنٍ، فيبطلُ، وإذا بطل البيعُ: يجبُ ردُّ المبيع: إن كان قائماً، وقيمتُه: إن كان هالكاً، كما في البيع الفاسد.

---

(١) أي بالدراهم التي غشُّها غالبٌ.

(٢) أي لا يوجد في الأسواق.

ويجوزُ البيعُ بالفلوس، فإن كانت نافقةً: جاز البيعُ بها وإن لم يُعيِّنْها.

وإن كانت كاسدةً: لم يَجُزِ البيعُ بها حتىٰ يُعيِّنَها.

وإذا باع بالفلوس النافقة، ثم كَسَدَتْ: بطل البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (ويجوزُ البيعُ بالفلوس)؛ لأنها مالٌ معلومٌ.

(فإن كانت نافقةً: جاز البيعُ بها وإن لم يُعيِّنْها)؛ لأنها أثمانٌ بالاصطلاح.

(وإن كانت كاسدةً: لم يَجُزِ البيعُ بها حتىٰ يُعيِّنَها)؛ لأنها سِلَعٌ، فلا بدَّ من تعيينها.

قال: (وإذا باع بالفلوس النافقة، ثم كَسَدَتْ: بطل البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله)، خلافاً لهما، وهو نظيرُ الاختلافِ الذي بيَّنّاه.

ولو استقرض فلوساً نافقةً[1]، فكَسَدَتْ: عند أبي حنيفة رحمه الله يجبُ عليه مثلُها؛ لأنه إعارةٌ، وموجَبُه: ردُّ العينِ معنىً، والثمنيةُ فضلٌ فيه، إذِ القرضُ لا يَختصُّ به.

وعندهما: تجب قيمتُها؛ لأنه لَمَّا بطل وَصْفُ الثمنيةِ: تعذَّر ردُّها كما قَبَضَ، فيجبُ رَدُّ قيمتها، كما إذا استقرض مثلياً فانقطع عند أيدي الناس، لكن عند أبي يوسف رحمه الله: يومَ القبض، وعند محمد رحمه الله: يومَ الكساد، علىٰ ما مرَّ من قبل.

وأصلُ الاختلاف: فيمن غَصَبَ مثلياً، فانقطع.

---

(١) لفظ: نافقة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ومَن اشترىٰ شيئاً بنصفِ درهمٍ فلوسٍ: جاز، وعليه ما يُباعُ بنصف درهمٍ من الفلوس.

وقولُ محمدٍ رحمه الله: أنظرُ للجانبَيْن[1]، وقولُ أبي يوسف رحمه الله: أيسرُ.

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً بنصفِ درهمٍ فلوسٍ: جاز، وعليه ما يُباعُ بنصف درهمٍ من الفلوس).

وكذا إذا قال: بدانَقِ فلوسٍ، أو بقِيراطِ فلوسٍ: جاز.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوزُ في جميعِ ذلك؛ لأنه اشترىٰ بالفلوس، وأنها تُقَدَّر بالعدد، لا بالدانَقِ والدرهمِ، فلا بدَّ من بيانِ عددها.

ونحن نقولُ: ما يُباع بالدانَقِ ونصفِ الدرهم من الفلوس: معلومٌ عند الناس، والكلامُ فيه[2]، فأغنىٰ عن بيان العدد.

ولو قال: بدرهمٍ فلوسٍ، أو بدرهمَيْن فلوسٍ: فكذا عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن ما يُباعُ بالدرهم من الفلوس: معلومٌ، وهو المرادُ، لا وزنُ الدرهمِ من الفلوس.

وعن محمد رحمه الله: أنه لا يجوزُ بالدرهم، ويجوز فيما دون الدرهم؛ لأن في العادةِ: المبايعةَ بالفلوس فيما دون الدرهم، فصار معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهمُ.

---

(١) أي المقرض والمستقرض.

(٢) أي فيما إذا كان معلوماً.

ومَن أعطىٰ صَيْرَفِياً درهماً، وقال: أعطِنِي بنصفه فلوساً، وبنصفِه نصفاً إلا حَبَّةً: جاز البيعُ في الفلوس، وبطل فيما بقيَ عندهما.

وعلىٰ قياس قولِ أبي حنيفة رحمه الله: بطل في الكلِّ.

ولو قال: أعطِنِي نصفَ درهمٍ فلوسٍ، ونصفاً إلا حبَّةً: جاز.

قالوا[1]: وقولُ أبي يوسف رحمه الله أصحُّ، لا سيما في ديارنا[2].

قال: (ومَن أعطىٰ صَيْرَفِياً درهماً، وقال: أعطِنِي بنصفه فلوساً، وبنصفِه نصفاً إلا حَبَّةً: جاز البيعُ في الفلوس، وبطل فيما بقيَ عندهما)؛ لأن بيعَ نصفِ درهمٍ بالفلوس: جائزٌ، وبيعُ النصف بنصفٍ إلا حبةً: رباً، فلا يجوز.

(وعلىٰ قياس قولِ أبي حنيفة رحمه الله: بطل في الكلِّ)؛ لأن الصفقةَ متحدةٌ، والفسادُ قويٌّ، فيَشِيْعُ، وقد مَرَّ نظيرُه.

ولو كرَّر لفظَ: الإعطاء: كان جوابُه: كجوابهما، هو الصحيح، لأنهما بيعان.

قال: (ولو قال: أعطِنِي نصفَ درهمٍ فلوسٍ[3]، ونصفاً إلا حبَّةً: جاز)؛ لأنه قابَلَ الدرهمَ بما يُباعُ من الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهمٍ إلا حبةً، فيكونُ نصفُ درهمٍ إلا حبةً: بمثله، وما وراءَه: بإزاء الفلوس.

---

(١) أي مشايخنا. البناية ١١/١١٠.

(٢) أي فيما وراء النهر.

(٣) بالجر: صفةً لدرهمٍ، وفي نُسخ: فلوساً.

ولو قال : أعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه درهماً صغيراً، وزنُه نصفُ درهمٍ إلا حبةً، وبالباقي فلوساً : جاز البيعُ، وكان النصفُ إلا حبةً : بإزاء الدرهم الصغير، والباقي : بإزاء الفلوس.

قال رضي الله عنه: وفي أكثر نُسَخِ «المختصر» ذَكَرَ المسألَةَ الثانية[1].

قال: (ولو[2] قال: أعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه درهماً صغيراً، وزنُه نصفُ درهمٍ إلا حبةً، وبالباقي فلوساً: جاز البيعُ، وكان النصفُ إلا حبةً: بإزاء الدرهم الصغير، والباقي: بإزاء الفلوس).

لأنه قابَلَ النصفَ بفلوسٍ معلومةٍ، والنصفَ بمثله، إلا أنه في حقِّ الدرهم: صَرْفٌ، فيُشترط القبضُ فيه، وفي حقِّ الفلوس: بيعٌ، فيُكتَفىٰ بقبض أحدِهما؛ كي لا يكون كالئاً بكالئ.

وهذا هو الحكمُ في بيعِ الفلوسِ بالفلوس، والفلوسِ بالدراهم، أنه يُكتَفىٰ بقبض أحدِ العِوَضَيْن؛ لأنها ليست أثماناً مطلَقةً؛ لثبوت ثمنيتها بالاصطلاح، بخلاف الدراهم والدنانير، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وهي قوله: (أعطني نصف درهم فلوساً، ونصفاً إلا حبة: جاز)، يعني لم تُذكر في أغلب نُسَخ القدوري المسألةُ الأُولىٰ، وهي: (مَن أعطىٰ صيرفياً درهماً، وقال: أعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه نصفاً إلا حبة: جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي عندهما). البناية ١١/١١١.

(٢) هذه المسألة مثبتةٌ في بداية المبتدي ص٤٥٧، وفي هامش نسخة ٦٤٤، مع تصحيحها، وهامش نسخة ١٠٣٨هـ، ومثبتةٌ مع شرحها في نسخة أخي الوزير، وتُحرَّر.

كتاب الكفالة

الكفالةُ ضربان : كفالةٌ بالنفس، وكفالةٌ بالمال، فالكفالة بالنفس : جائزةٌ، والمضمونُ بها : إحضارُ المكفولِ به.

كتاب الكفالة

الكفالةُ هي: الضَّمُّ، لغةً، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾. آل عمران/٣٧.

ثم قيل: هي ضَمُّ الذِّمَّة إلىٰ الذمةِ في المطالبة، وقيل: في الدَّيْن، والأولُ أصحُّ.

قال: (الكفالةُ ضربان: كفالةٌ بالنفس، وكفالةٌ بالمال، فالكفالة بالنفس: جائزةٌ، والمضمونُ بها: إحضارُ المكفولِ به).

وقال الشافعيُّ رحمه الله: لا تجوز[١]، لأنه كَفَلَ بما لا يَقدِرُ علىٰ تسليمه، إذْ لا قدرةَ له علىٰ نفسِ المكفولِ به.

بخلاف الكفالةِ بالمال؛ لأنَّ له ولايةً علىٰ مالِ نفسه.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «الزعيمُ غارِمٌ»[٢].

---

(١) قال في البناية ١١/١١٣: هذا ليس بمشهور مذهبه، فإن الصحيح عنده كمذهبنا. اهـ، وينظر مغني المحتاج ٢/٢٠٣.

(٢) وتمام لفظ الحديث: «العارية مؤدَّاةٌ، والمِنحة مردودة، والدَّين مقضيٌّ، والزعيم غارم»، وقد رواه أصحاب السنن وغيرهم، سنن أبي داود (٣٥٦٠)، سنن الترمذي (٢١٢٠)، وقال: حديث حسن صحيح، وينظر نصب الراية ٤/٥٧، =

وتنعقدُ إذا قال: تكفَّلتُ بنفس فلانٍ، أو برقَبتِه، أو برُوْحِه، أو بجسَدِه، أو برأسِه.

و بنصفِه، أو بثُلُثِه، أو بجزءٍ منه.

وهذا يُفيدُ مشروعيةَ الكفالةِ بنوعَيْها.

ولأنه يَقدِرُ علىٰ تسليمِه بطريقِه، بأن يُعلِمَ الطالبَ مكانَه، فيُخلِّيَ المدعي بينَه وبينَه[1]، أو يستعينَ بأعوانِ القاضي في ذلك.

والحاجةُ ماسَّةٌ إليه، وقد أمكنَ تحقيقُ معنىٰ الكفالة، وهو الضمُّ في المطالبة فيه.

قال: (وتنعقدُ إذا قال: تكفَّلتُ بنفس فلانٍ، أو برقَبتِه، أو برُوْحِه، أو بجسَدِه، أو برأسِه).

وكذا ببدنه، وبوجهِه؛ لأن هذه الألفاظَ يُعبَّرُ بها عن جميعِ البدن، إما حقيقةً أو عُرفاً، علىٰ ما مرَّ في كتاب الطلاق.

(و) كذا إذا قال: (بنصفِه، أو بثُلُثِه، أو بجزءٍ منه)؛ لأن النفسَ الواحدةَ في حقِّ الكفالة لا تتجزَّأ، فكان ذِكْرُ بعضِها شائعاً: كذِكْر كلِّها.

التلخيص الحبير ٤٧/٣.

ومعنى: «الزعيم غارم»: أي: الكفيل ضامن إذا لم يؤدِّ المكفولُ ما عليه.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٥٨/٤ عن ابن حبان قال: الزعيم: لغةُ أهلِ المدينة، والحَمِيل: لغةُ أهلِ العراق، والكفيل: لغةُ أهلِ مصر.

(١) أي بين الطالب المكفول له والمكفول به. البناية ١١٤/١١.

وكذا إذا قال: ضمِنْتُه، أو هو عليَّ، أو إليَّ.
و أنا زعيمٌ به، أو قَبِيلٌ به.

بخلاف ما إذا قال: تكفَّلتُ بيد فلانٍ، أو برِجْله: لأنه لا يُعبَّرُ بهما عن جميع البدن، حتىٰ لا تصحُّ إضافةُ الطلاقِ إليهما، وفيما تقدَّم تَصِحُّ.

قال: (وكذا إذا قال: ضمِنْتُه)؛ لأنه تصريحٌ بموجَبِه.

(أو) قال: (هو عليَّ)؛ لأنه صيغةُ الالتزام، (أو) قال: (إليَّ)؛ لأنه في معنىٰ: عليَّ: في هذا المقام.

قال عليه الصلاة والسلام: «ومَن تَرَكَ مالاً: فلورثَتِه، ومَن تَرَكَ كَلاًّ، أو عِيالاً: فإليَّ»[١].

(و) كذا إذا قال: (أنا زعيمٌ به، أو قَبِيلٌ به)؛ لأن الزعامةَ هي الكفالةُ، وقد رَوَيْنا فيه[٢].

والقَبِيلُ: هو الكفيلُ، ولهذا سُمِّيَ الصَّكُّ: قَبَالَةً.

بخلاف ما إذا قال: أنا ضامِنٌ لمعرفتِه؛ لأنه التزم المعرفةَ، دون المطالبة.

وعلىٰ هذا[٣]: لو قال بالفارسية: آشنائي وَيْ بَرْمَن[٤]: لا يكون كفيلاً.

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٩٨)، صحيح مسلم (١٦١٩)، وينظر التعريف والإخبار ٤١١/٣، ومعنىٰ: فإليَّ: أي فعليَّ.

(٢) أي روينا الحديث في معنىٰ أن الزعامة هي الكفالة. البناية ١١٧/١١.

(٣) من قوله: وعلىٰ هذا: لو قال بالفارسية... إلىٰ قوله: لا يكون كفيلاً: مثبتٌ في نُسخ خطية كثيرة، وسقط من طبعات الهداية القديمة.

(٤) أي: معرفتُه عليَّ، ومعنىٰ قوله الآتي: وي آشناست: أي هو معروفٌ.

فإن شُرِطَ في الكفالة بالنفس تسليمُ المكفولِ به في وقتٍ بعَيْنه: لَزِمَه إحضارُه في ذلك الوقت إذا طالَبَه به في ذلك الوقت.

فإن أحضره، وإلا: حَبَسَه الحاكمُ.

وكذا إذا ارتدَّ، والعياذُ بالله، ولَحِقَ بدار الحرب.

ولو قال: وَيْ آشْنَاسْتْ: قالوا: يكون كفيلاً؛ للعُرف، والصحيحُ أنه لا يكون كفيلاً.

قال: (فإن شَرَطَ[1] في الكفالة بالنفس تسليمَ المكفولِ به في وقتٍ بعَيْنه: لَزِمَه إحضارُه في ذلك الوقت إذا طالَبَه به في ذلك الوقت)؛ وفاءً بما التزمه.

(فإن أحضره، وإلا: حَبَسَه الحاكمُ)، لامتناعه عن إيفاءِ حَقٍّ مستَحَقٍّ عليه، ولكن لا يَحبِسُه أولَ مرةٍ؛ لعلَّه ما دَرَىٰ لماذا يُدْعَىٰ.

ولو غاب المكفولُ بنفسه: أَمْهَلَه الحاكمُ مدةَ ذهابِه ومجيئه، فإن مَضَتْ المدةُ، ولم يُحضِرْه: يَحبِسُه؛ لتحقُّقِ امتناعِه عن إيفاءِ الحَقِّ.

قال: (وكذا[2] إذا ارتدَّ، والعياذُ بالله، ولَحِقَ بدار الحرب).

وهذا لأنه عاجِزٌ في المدة، فيُنظَرُ كالذي أعسر.

---

(١) هكذا: شَرَطَ: بالمبني للمعلوم: في نُسخ، وضُبط في نسخ أخرىٰ: بالمبني للمجهول: شُرِطَ.

(٢) قال في البناية ١١/١١٩: قال الكاكي: هذه المسألة: وكذا إذا ارتدَّ والعياذ بالله، ولَحِقَ بدار الحرب: إلىٰ قوله: وإذا أحضره وسلَّمه...: مثبتة في بعض النُّسَخ، دون أخرىٰ. اهـ. قلت: وكذلك فيما عندي من النسخ، ومثبتةٌ في طبعات الهداية.

وإذا أحضره، وسلَّمه في مكانٍ يَقدِرُ المكفولُ له أن يُخاصِمَه فيه: بَرِئَ الكفيلُ من الكفالة.

وإذا كَفَلَ علىٰ أن يُسلِّمَه في مجلسِ القاضي، فسَلَّمَه في السُّوْق: بَرِئَ، وإن سَلَّمَه في بَرِّيَّةٍ: لم يَبرأ.

ولو سلَّمَه قبلَ ذلك الوقت: بَرِئَ؛ لأن ذلك الأجلَ حَقُّه، فيَملِكُ إسقاطَه، كما في الدَّيْن المؤجَّل.

قال: (وإذا أحضره، وسلَّمه في مكانٍ يَقدِرُ المكفولُ له أن يُخاصِمَه فيه)، مثلَ أن يكونَ في مصرٍ: (بَرِئَ الكفيلُ من الكفالة)؛ لأنه أتىٰ بما التزمه، وحَصَلَ المقصودُ به، وهذا لأنه ما التزم التسليمَ إلا مرةً واحدةً.

قال: (وإذا كَفَلَ علىٰ أن يُسلِّمَه في مجلسِ القاضي، فسَلَّمَه في السُّوْق: بَرِئَ)؛ لحصول المقصود.

وقيل: في زماننا لا يبرأُ[1]؛ لأن الظاهرَ المعاونةُ علىٰ الامتناع، لا علىٰ الإحضارِ، فكان التقييدُ مفيداً.

قال: (وإن سَلَّمَه في بَرِّيَّةٍ: لم يَبرأ)؛ لأنه لا يَقدِرُ علىٰ المخاصمة فيها، فلم يَحصلِ المقصودُ.

وكذا إذا سَلَّمَه في سَوَادٍ: لعدم قاضٍ يَفْصِلُ الحكمَ فيه.

ولو سَلَّمَه في مصرٍ آخَرَ غيرِ المصرِ الذي كَفَلَ فيه: بَرِئَ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ للقدرة علىٰ المخاصمة فيه.

---

(١) قال البحر الرائق ٦/٢٢٩: وهو قول زفر، وبه يفتىٰ في زماننا.

وإذا مات المكفولُ به : بَرِئَ الكفيلُ بالنفس من الكفالة .

ومَن كَفَلَ بنفسِ آخَرَ، ولم يقُلْ : إذا دَفَعْتُه إليكَ فأنا بريءٌ، فدَفَعه إليه : فهو بريءٌ.

وعندهما: لا يبرأ؛ لأنه قد يكون شهودُه فيما عيَّنه.

ولو سلَّمَه في السجن، وقد حَبَسَه غيرُ الطالِب: لا يبرأُ؛ لأنه لا يقدِرُ علىٰ المخاصمة[1] فيه.

قال: (وإذا مات المكفولُ به[2]: بَرِئَ الكفيلُ بالنفس من الكفالة)؛ لأنه عَجَزَ عن إحضاره.

ولأنه سَقَطَ الحضورُ عن الأصيل، فيَسقطُ الإحضارُ عن الكفيل.

وكذا إذا مات الكفيلُ؛ لأنه لم يَبْقَ قادراً علىٰ تسليمِ المكفولِ بنفسه، ومالُه لا يصلحُ لإيفاءِ هذا الواجب، بخلاف الكفيلِ بالمال.

ولو مات المكفولُ له: فللوصيِّ أن يطالِبَ الكفيلَ، فإن لم يكن: فلوارثِه؛ لقيامِه مَقامَ الميت.

قال: (ومَن كَفَلَ بنفسِ آخَرَ، ولم يقُلْ: إذا دَفَعْتُه إليكَ فأنا بريءٌ، فدَفَعَه إليه: فهو بريءٌ)؛ لأنه موجَبُ التصرُّفِ، فيثبتُ بدون التنصيصِ عليه.

ولا يُشترَطُ قَبولُ الطالبِ التسليمَ، كما في قضاءِ الدين.

---

(١) وفي نُسخ: المحاكمة.

(٢) وهو المدعىٰ عليه. البناية ١١/١٢١.

فإن تكفَّل بنفسه علىٰ أنه إن لم يُوافِ به إلىٰ وقتٍ كذا فهو ضامِنٌ لِمَا عليه من المال، وهو ألفُ درهمٍ، فلم يُحضِرْه إلىٰ ذلك الوقت: لَزِمَه ضمانُ المال، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس.

ولو سَلَّمَ المكفولُ به نفسَه من كفالته: صحَّ؛ لأنه مطالَبٌ بالخصومة، فكان له ولايةُ الدفع.

وكذا إذا سلَّمه إليه وكيلُ الكفيل، أو رسولُه؛ لقيامِهما مَقامَه.

قال: (فإن تكفَّل بنفسه علىٰ أنه إن لم يُوافِ به إلىٰ وقتٍ كذا فهو ضامِنٌ لِمَا عليه من المال، وهو ألفُ درهمٍ، فلم يُحضِرْه إلىٰ ذلك الوقت: لَزِمَه ضمانُ المال)؛ لأن الكفالةَ بالمال معلَّقةٌ بشرط عدمِ الموافاة، وهذا التعليقُ صحيحٌ، فإذا وُجد الشرطُ: لَزِمَه المالُ.

قال: (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس)؛ لأن وجوبَ المالِ عليه بالكفالة: لا ينافي الكفالةَ بنفسه، إذْ كلُّ واحدٍ منهما للتوثُّق.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا تصحُّ هذه الكفالةُ؛ لأنه تعليقُ سببِ وجوبِ المال بالخَطَر، فأشبه البيعَ.

ولنا: أنه يُشبِهُ البيعَ، ويُشبِهُ النذرَ من حيث إنه التزامٌ، فقلنا لا يصح تعليقُه بمطلَق الشرط، كهبوبِ الريحِ ونحوه.

ويصحُّ بشرطٍ متعارَفٍ؛ عملاً بالشبهَيْن، والتعليقُ بعدم الموافاة متعارَفٌ.

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٠٣، وفيه أنها تصح. يحرر.

ومَن كَفَلَ بنفسِ رجلٍ، وقال: إن لم يُوافِ به غداً فعليه المالُ، فإن مات المكفولُ عنه: ضَمِنَ المالَ.

ومَن ادَّعىٰ علىٰ آخرَ مائةَ دينار، بيَّنها أو لم يُبيِّنْها، حتىٰ تكفَّل بنفسه رجلٌ، علىٰ أنه إن لم يُوافِ به غداً فعليه المائةُ، فلم يوافِ به غداً: فعليه المائةُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: إن لم يبيِّنْها حتىٰ تكفَّلَ به رجلٌ، ثم ادَّعىٰ بعد ذلك: لم يُلتفَتْ إلىٰ دعواه.

قال: (ومَن كَفَلَ بنفسِ رجلٍ، وقال: إن لم يُوافِ به غداً فعليه المالُ، فإن مات المكفولُ عنه: ضَمِنَ المالَ)؛ لتحقُّق الشرطِ، وهو عدمُ الموافاة.

قال: (ومَن ادَّعىٰ علىٰ آخَرَ مائةَ دينارٍ، بيَّنها[1] أو لم يُبيِّنْها، حتىٰ تكفَّل بنفسه رجلٌ، علىٰ أنه إن لم يُوافِ به غداً فعليه المائةُ، فلم يوافِ به غداً: فعليه المائةُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: إن لم يبيِّنْها حتىٰ تكفَّلَ به رجلٌ، ثم ادَّعىٰ بعد ذلك: لم يُلتفَتْ إلىٰ دعواه)؛ لأنه علَّقَ مالاً مطلقاً بخَطَرٍ، ألا يُرىٰ أنه لم يَنْسِبْه إلىٰ ما عليه، ولا تصحُّ الكفالةُ علىٰ هذا الوجه وإن بيَّنَها.

ولأنه لم تصحَّ الدعوىٰ من غير بيانٍ: فلا يجبُ إحضارُ النفس، وإذا لم يجب: لا تصحُّ الكفالةُ بالنفس، فلا تصحُّ بالمال؛ لأنه بناءٌ عليه، بخلاف ما إذا بيَّن.

---

(١) وفي نُسخ: وبيَّنها.

ولا تجوزُ الكفالةُ بالنفس في الحدودِ والقصاصِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولهما: أن المالَ ذُكِرَ مُعَرَّفاً، فينصرِفُ إلىٰ ما عليه، والعادةُ جَرَتْ بالإجمال في الدعاوىٰ، فتصحُّ الدعوىٰ علىٰ اعتبار البيان، فإذا بُيِّن: التحق البيانُ بأصل الدعوىٰ، فتَبيَّنَ صحةُ الكفالةِ الأُولىٰ، فيترتَّبُ عليها الثانية.

قال: (ولا تجوزُ الكفالةُ بالنفس في الحدودِ والقصاصِ عند أبي حنيفة رحمه الله)، معناه: لا يُجبَرُ عليها عندَه.

وقالا: يُجبَرُ في حَدِّ القذف؛ لأن فيه حَقَّ العبد، وفي القصاص[1]؛ لأنه خالصُ حَقِّ العبد، فيَلِيقُ بهما الاستيثاقُ، كما في التعزير، بخلاف الحدودِ الخالصةِ لله تعالىٰ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا كفالةَ في حدٍّ»[2]، من غير فَصْلٍ.

ولأن مبنىٰ الكلِّ علىٰ الدَّرْء، فلا يجبُ فيها الاستيثاقُ.

بخلاف سائر الحقوق؛ لأنها لا تندرئُ بالشبهات، فيليقُ بها الاستيثاقُ، كما في التعزير.

ولو سَمَحَتْ نفسُه به: يصحُّ، بالإجماع؛ لأنه أمكنَ ترتيبُ موجَبِه عليه؛ لأن تسليمَ النفسِ فيهما واجبٌ، فيطالَبُ به الكفيلُ، فيتحقَّقُ الضمُّ[3].

---

(١) أي يُجبر في القصاص أيضاً. البناية ١١/١٢٨.

(٢) مرفوعاً في السنن الكبرىٰ للبيهقي (١١٤١٧)، السنن الصغرىٰ للبيهقي (٢١٠٢) وقال: إسناده ضعيف.

(٣) هو ضمُّ الذمة إلىٰ الذمة في المطالبة.

ولا يُحبَسُ فيها حتىٰ يَشهَدَ شاهدان مَستوران، أو شاهدٌ عَدْلٌ يَعرِفُه القاضي.

والرهنُ والكفالةُ جائزان في الخراج.

قال: (ولا يُحبَسُ فيها[١] حتىٰ يَشهَدَ شاهدان مَستوران، أو شاهدٌ عَدْلٌ يَعرِفُه القاضي)؛ لأن الحبسَ للتهمة ها هنا، والتهمةُ تَثبتُ بأحد شَطْرَيِ الشهادة، إما العددُ، أو العدالةُ.

بخلاف الحبسِ في بابِ الأموال؛ لأنه أقصىٰ عقوبةٍ فيه[٢]، فلا تَثبتُ[٣] إلا بحُجَّةٍ كاملة[٤].

وذَكَرَ في كتاب أدب القاضي[٥] أن علىٰ قولهما لا يُحبَسُ في الحدود والقصاص بشهادة الواحد؛ لحصول الاستيثاقِ بالكفالة.

قال: (والرهنُ والكفالةُ جائزان في الخراج)؛ لأنه دَيْنٌ يُطالَبُ به[٦]، ممكنُ الاستيفاء، فيُمكِنُ ترتيبُ موجَبِ العقدِ عليه[٧] فيهما.

---

(١) وفي نُسخ: فيهما، وفي البناية ١١/١٣٠: ويُروىٰ: فيهما: أي في القذف والقصاص.

(٢) أي في باب الأموال.

(٣) أي العقوبة، وفي نُسخ: لا يثبت. قلت: أي الحبس.

(٤) أي شاهدين عدلين.

(٥) أي الإمام محمد في الأصل.

(٦) وفي نُسخ: مطالَبٌ به.

(٧) أي علىٰ الخراج، وأما: فيهما: راجع إلىٰ الكفالة والرهن.

ومَن أَخَذَ من رجلٍ كفيلاً بنفسِه، ثم ذهب فأَخَذَ منه كفيلاً آخَرَ، فهما كفيلان.

وأما الكفالةُ بالمال: فجائزةٌ، معلوماً كان المالُ المكفولُ به، أو مجهولاً إذا كان دَيْناً صحيحاً، مثلُ أن يقولَ: تكفَّلْتُ عنه بألفِ درهمٍ، أو بما لَكَ عليه، أو بما يُدْرِكُكَ في هذا البيع.

قال: (ومَن أَخَذَ من رجلٍ كفيلاً بنفسِه، ثم ذهب فأَخَذَ منه كفيلاً آخَرَ، فهما كفيلان)؛ لأن موجَبَه التزامُ المطالبة، وهي متعددةٌ، والمقصودُ التوثُّق، وبالثانية يزدادُ التوثُّقُ، فلا يتنافيان.

قال: (وأما الكفالةُ بالمال: فجائزةٌ، معلوماً كان المالُ المكفولُ به، أو مجهولاً إذا كان دَيْناً صحيحاً.

مثلُ أن يقولَ: تكفَّلْتُ عنه بألفِ درهمٍ، أو بما لَكَ عليه، أو بما يُدْرِكُكَ في هذا البيع)؛ لأن مبنىٰ الكفالةِ علىٰ التوسُّع، فتُتَحَمَّلُ فيها الجهالةُ.

وعلىٰ الكفالة بالدَّرَك: إجماعٌ، وكفىٰ به حُجَّةً، وصار كما إذا كَفَلَ بشَجَّةٍ: صحَّتِ الكفالةُ وإن احتَمَلَتِ[1] السِّرايةَ والاقتصارَ.

وشَرَطَ[2] أن يكون دَيْناً صحيحاً، ومرادُه: أن لا يكون بدلَ الكتابة، وسيأتيكَ في موضعِه إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) أي الشجة.

(٢) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ١١/١٣٣.

والمكفولُ له بالخيار : إن شاء طالَبَ الذي عليه الأصلُ، وإن شاء طالَبَ كفيلَه .

ويجوزُ تعليقُ الكفالةِ بالشروط، مثلُ أن يقولَ : ما بايعتَ فلاناً فعليَّ، وما ذابَ لكَ عليه : فعليَّ، وما غَصَبَكَ : فعليَّ.

قال: (والمكفولُ له بالخيار: إن شاء طالَبَ الذي عليه الأصلُ، وإن شاء طالَبَ كفيلَه)؛ لأن الكفالةَ ضَمُّ الذمةِ إلىٰ الذمةِ في المطالبة، وذلك يقتضي قيامَ الأول، لا البراءةَ عنه، إلا إذا شَرَطَ فيه البراءةَ، فحينئذٍ تنعقدُ حوالةً؛ اعتباراً للمعنىٰ، كما أن الحوالةَ بشرطِ أن لا يبرأ بها المُحيلُ: تكونُ كفالةً.

ولو طالَبَ أحدَهما: له أن يطالِبَ الآخَرَ، وله أن يطالِبَهما؛ لأن مقتضاه الضمُّ.

بخلاف المالكِ إذا اختارَ تضمينَ أحدِ الغاصبَيْن؛ لأن اختيارَه أحدَهما: يتضمَّنُ التمليكَ منه، فلا يُمكِنُه التمليكُ من الثاني، أما المطالبةُ بالكفالة: لا تتضمن التمليكَ، فوَضَحَ الفَرْقُ.

قال: (ويجوزُ تعليقُ الكفالةِ بالشروط، مثلُ أن يقولَ: ما بايعتَ فلاناً فعليَّ، و[1]ما ذابَ[2] لكَ عليه: فعليَّ، وما غَصَبَكَ: فعليَّ).

والأصلُ فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾. يوسف/٧٢.

---

(١) وفي نُسخ: أو ما.

(٢) أي ما وَجَبَ وثَبَتَ.

فإن قال: تكفَّلتُ عنه بما لَكَ عليه، فقامتِ البينةُ بألفٍ عليه: ضَمِنَه الكفيلُ.

والإجماعُ منعقدٌ علىٰ صحةِ ضمانِ الدَّرَك.

ثم الأصلُ فيه أنه يَصِحُّ تعليقُها بشرطٍ ملائمٍ لها، مثلُ أن يكونَ شرطاً لوجوب الحَقِّ، كقوله: إذا استُحِقَّ المَبيعُ.

أو لإمكانِ الاستيفاءِ، مثلُ قولِه: إذا قَدِمَ زيدٌ، وهو مكفولٌ عنه.

أو لتعذُّرِ الاستيفاءِ، مثلُ قولِه: إذا غاب عن البلدة.

وما ذُكِرَ[1] من الشروط: في معنىٰ ما ذكرناه.

فأما ما لا يَصِحُّ التعليقُ بمجرَّدِ الشرط: كقوله: إن هبَّتِ الريحُ، أو جاء المطرُ.

وكذا إذا جَعَلَ واحداً[2] منهما أَجَلاً، إلا أنه تصحُّ الكفالةُ، ويجبُ المالُ حالاًّ؛ لأن الكفالةَ لَمَّا صحَّ تعليقُها بالشرط: لا تبطلُ بالشروط الفاسدة، كالطلاق، والعَتَاق.

قال: (فإن قال: تكفَّلتُ عنه بما لَكَ عليه، فقامتِ البينةُ بألفٍ عليه: ضَمِنَه الكفيلُ)؛ لأن الثابتَ بالبينة: كالثابتِ معاينةً، فيتحقَّقُ ما عليه، فيصحُّ الضمانُ به.

---

(١) وضبطت في نُسخ: ذَكَرَ.

(٢) وفي نُسخ: جُعِلَ واحدٌ. بالمبني للمجهول.

وإن لم تَقُمِ البيِّنةُ : فالقولُ قولُ الكفيل، مع يمينِه في مقدار ما يَعتَرِفُ به .

فإن اعتَرَفَ المكفولُ عنه بأكثرَ من ذلك : لم يُصَدَّق علىٰ كفيلِه .

وتجوزُ الكفالةُ بأمر المكفولِ عنه، وبغيرِ أَمْرِه، فإن كَفَلَ عنه بأَمْرِه : رَجَعَ بما أدَّىٰ عليه؛ وإنْ كَفَلَ بغير أَمْره : لم يَرجِعْ بما يُؤدِّيه .

قال: (وإن لم تَقُمِ البيِّنةُ: فالقولُ قولُ الكفيل، مع يمينِه في مقدار ما يَعتَرِفُ به)؛ لأنه مُنكِرٌ للزيادة.

قال: (فإن اعتَرَفَ المكفولُ عنه بأكثرَ من ذلك: لم يُصَدَّق علىٰ كفيلِه)؛ لأنه إقرارٌ علىٰ الغير، ولا ولايةَ له عليه، ويُصدَّقُ في حَقِّ نفسِه؛ لولايتِه عليها.

قال: (وتجوزُ الكفالةُ بأمر المكفولِ عنه، وبغيرِ أَمْرِه)؛ لإطلاقِ ما روينا.

ولأنه التزامُ المطالبةِ، وهو تَصرُّفٌ في حَقِّ نفسه، وفيه نَفْعٌ للطالب، ولا ضررَ فيه علىٰ المطلوبِ بثبوت الرجوع عليه، إذ هو عند أَمْرِه، وقد رضِيَ به.

(فإن كَفَلَ عنه بأَمْرِه: رَجَعَ بما أدَّىٰ عليه)؛ لأنه قضىٰ دَيْنَه بأمره.

(وإنْ كَفَلَ بغير أَمْره: لم يَرجِعْ بما يُؤدِّيه)؛ لأنه متبرِّعٌ بأدائه.

وقولُه: رَجَعَ بما أدَّىٰ: معناه إذا أدَّىٰ ما ضَمِنَه، أما إذا أدَّىٰ خلافَه: رَجَعَ بما ضَمِنَ؛ لأنه مَلَكَ الدَّيْنَ بالأداء، فنُزِّلَ مَنزلةَ الطالِب، كما إذا مَلَكَه[1] بالهبة أو بالإرث، وكما إذا مَلَكَه المحتالُ عليه[2]؛ لما ذَكَرْنا في الحوالة[3].

---

(١) أي ملك الكفيلُ المكفول به. من حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) حيث يرجع بما ضمن، لا بما أدىٰ.

(٣) أي في كفاية المنتهي. البناية ١٤١/١١، والحوالة في الهداية ستأتي.

وليس للكفيل أنْ يُطالِبَ المكفولَ عنه بالمال قبلَ أن يؤدِّيَ عنه.

فإن لُوزِمَ بالمال: كان له أن يلازِمَ المكفولَ عنه حتىٰ يُخَلِّصَه.

بخلاف المأمورِ بقضاء الدَّيْن، حيث يرجعُ بما أدىٰ[1]؛ لأنه لم يجب له عليه شيءٌ حتىٰ يَملِكُ[2] الدَّيْنَ بالأداء.

وبخلاف ما إذا صالَحَ الكفيلُ الطالبَ عن الألفِ علىٰ خمسمائةٍ؛ لأنه إسقاطٌ، فصار كما إذا أبرأ الكفيلَ.

قال: (وليس للكفيل أنْ يُطالِبَ المكفولَ عنه بالمال قبلَ أن يؤدِّيَ عنه)؛ لأنه لا يَملِكُه قبلَ الأداء.

بخلاف الوكيلِ بالشراء، حيثُ يَرجعُ قبلَ الأداء[3]؛ لأنه انعقَدَ بينهما مبادلةٌ حُكْميةٌ.

قال: (فإن لُوزِمَ[4] بالمال: كان له[5] أن يلازِمَ المكفولَ عنه حتىٰ يُخَلِّصَه).

وكذا إذا حُبِسَ: كان له أن يحبِسَه؛ لأنه لَحِقَه ما لَحِقَه من جهته، فيعاملُه بمثله؛ ليُخلِّصه.

---

(١) لا بما ضَمِن.

(٢) وضُبطت في عدة نُسخ بفتح الكاف: يملكَ.

(٣) وبعد الشراء.

(٤) أي الكفيل.

(٥) أي للكفيل.

وإذا أبرأ الطالبُ المكفولَ عنه، أو استوفىٰ منه: بريء الكفيلُ.

وإن أبرأ الكفيلَ: لم يبرأ الأصيلُ عنه.

وكذا إذا أخَّر الطالبُ عن الأصيل: فهو تأخيرٌ عن كفيله.

ولو أخَّر عن الكفيل: لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصلُ.

فإن صالح الكفيلُ ربَّ المال عن الألفِ علىٰ خمسِمائةٍ: فقد بريء الكفيلُ، والذي عليه الأصلُ.

قال: (وإذا أبرأ الطالبُ المكفولَ عنه، أو استوفىٰ منه: بريء الكفيلُ)؛ لأن براءةَ الأصيلِ: توجِبُ براءةَ الكفيل؛ لأن الدَّيْنَ عليه، في الصحيح.

قال: (وإن أبرأ الكفيلَ: لم يبرأ الأصيلُ عنه)؛ لأنه تَبَعٌ.

ولأن عليه المطالبةَ، وبقاءُ الدَّيْن علىٰ الأصيلِ بدونه: جائزٌ.

قال: (وكذا إذا أخَّر الطالبُ عن الأصيل: فهو تأخيرٌ عن كفيله.

ولو أخَّر عن الكفيل: لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصلُ)؛ لأن التأخيرَ إبراءٌ مؤقَّتٌ، فيُعتَبَرُ بالإبراء المؤبَّد.

بخلاف ما إذا كَفَلَ بالمال الحالِّ مؤجَّلاً إلىٰ شهرٍ: فإنه يتأجَّلُ عن الأصيل؛ لأنه لا حَقَّ له إلا الدينُ حالَ وجودِ الكفالة، فصار الأجلُ داخلاً فيه، أما ها هنا فبخلافه؛ لأنه قد ثبتت المطالبةُ، فيدخلُ فيه.

قال: (فإن صالح الكفيلُ ربَّ المال عن الألفِ علىٰ خمسِمائةٍ: فقد بريء الكفيلُ، والذي عليه الأصلُ)؛ لأنه أضاف الصلحَ إلىٰ الألفِ الدَّينِ، وهي علىٰ الأصيل، فبريء عن خمسِمائةٍ؛ لأنه إسقاطٌ، وبراءتُه توجِبُ

ومَن قال لكفيلٍ ضَمِنَ له مالاً : قد برئتَ إليَّ من المال : رَجَعَ الكفيلُ علىٰ المكفول عنه .

وإن قال : أبرأتُكَ من المال : لم يرجعِ الكفيلُ علىٰ المكفول عنه .

براءةَ الكفيل، ثم بَرِئا جميعاً عن خمسمائةٍ بأداء الكفيل، ويَرجعُ الكفيلُ علىٰ الأصيلِ بخمسمائةٍ إن كانت الكفالةُ بأمره.

بخلاف ما إذا صالح علىٰ جنسٍ آخَرَ؛ لأنه مبادلةٌ حُكْميةٌ، فمَلَكَه، فيَرجعُ بجميع الألف.

ولو كان صالَحَه عما استُوجِبَ[1] بالكفالة: لا يبرأ الأصيلُ؛ لأن هذا إبراءُ الكفيل عن المطالبة.

قال: (ومَن قال لكفيلٍ ضَمِنَ له مالاً: قد برئتَ إليَّ من المال: رَجَعَ الكفيلُ علىٰ المكفول عنه).

معناه: ضَمِنَ له بأمْره؛ لأن البراءةَ التي ابتداؤها من المطلوب، وانتهاؤها إلىٰ الطالب: لا تكون إلا بالإيفاء، فيكونُ هذا إقراراً بالأداء، فيرجع.

قال: (وإن قال: أبرأتُكَ من المال: لم يرجعِ الكفيلُ علىٰ المكفول عنه)؛ لأنه براءةٌ لا تنتهي إلىٰ غيره، وذلك بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء.

ولو قال: برئتَ[2]: قال محمدٌ رحمه الله: هو مثل الثاني[3]؛ لأنه يحتمل

---

(١) وضبطت في نُسخ هكذا: استَوجَب.

(٢) ولم يقل: إليَّ.

(٣) أي مثل قوله: قد أبرأتك. البناية ١١/١٤٦.

ولا يجوزُ تعليقُ البراءةِ من الكفالة بشرطٍ.

وكلُّ حَقٍّ لا يُمكنُ استيفاؤه من الكفيل : لا تصحُّ الكفالةُ به، كالحدود والقصاص.

البراءةَ بالأداء إليه والإبراء، فيثبتُ الأدنى[1]، ولا يرجعُ الكفيلُ بالشك.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هو مثلُ الأول[2]؛ لأنه أقرَّ ببراءةٍ ابتداؤها من المطلوب، وإليه الإيفاءُ، دون الإبراء.

وقيل في جميع ما ذكرنا: إذا كان الطالبُ حاضراً: يُرجَعُ في البيان إليه؛ لأنه هو المُجمِلُ.

قال: (ولا يجوزُ تعليقُ البراءةِ من الكفالة بشرطٍ)؛ لِمَا فيه من معنىٰ التمليك، كما في سائر البراءات.

ويُروىٰ[3] أنه يصحُّ؛ لأنَّ عليه المطالبةَ، دونَ الدَّيْن، في الصحيح، فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يَرْتدُّ الإبراءُ عن الكفيل بالردِّ، بخلاف إبراءِ الأصيل.

قال: (وكلُّ حَقٍّ لا يُمكنُ استيفاؤه من الكفيل: لا تصحُّ الكفالةُ به، كالحدود والقصاص).

معناه: بنفس الحَدِّ، لا بنفس مَن عليه الحَدُّ؛ لأنه يتعذَّرُ إيجابُه عليه، وهذا لأن العقوبةَ لا تجري فيها النِّيابةُ.

---

(١) وهو الإسقاط؛ للتيقن به. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) وهو قوله: برئت إليَّ من المال.

(٣) أي في المذهب، والله أعلم.

وإذا تكفَّل عن المشتري بالثمن : جاز.

وإن تكفَّل عن البائع بالمَبيع : لم تصحَّ.

ومَن استأجر دابةً للحَمْل عليها، فإن كانت بعَيْنها : لم تصحَّ الكفالةُ بالحَمْل، وإن كانت بغير عَيْنها : جازتِ الكفالةُ.

قال: (وإذا تكفَّل عن المشتري بالثمن: جاز)؛ لأنه دَيْنٌ كسائر الديون.

قال: (وإن تكفَّل عن البائع بالمَبيع: لم تصحَّ)؛ لأنه[1] عَيْنٌ مضمونٌ بغيره، وهو الثمنُ، والكفالةُ بالأعيان المضمونة وإن كانت تصحُّ عندنا؛ خلافاً للشافعي[2] رحمه الله، لكنْ بالأعيان المضمونة بنفسها، كالمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوضِ علىٰ سَوْمِ الشراء، والمغصوبِ.

لا بما كان مضموناً بغيره، كالمَبيع والمرهون، ولا بما يكون أمانةً، كالوديعةِ والمستعارِ والمستأجَر، ومالِ المضاربة والشركة.

ولو كَفَلَ بتسليم المبيع قبلَ القبض، أو بتسليم الرهنِ بعد القبض إلىٰ الراهن، أو بتسليم المستأجَرِ إلىٰ المستأجِر: جاز؛ لأنه التزم فعلاً واجباً.

قال: (ومَن استأجر دابةً للحَمْل عليها، فإن كانت بعَيْنها: لم تصحَّ الكفالةُ بالحَمْل)؛ لأنه عاجزٌ عنه.

(وإن كانت بغير عَيْنها: جازتِ الكفالةُ)؛ لأنه يُمكِنُه الحَمْلُ علىٰ دابةِ نفسِه، والحَمْلُ هو المُستَحَقُّ.

---

(١) أي المبيع.

(٢) التنبيه في الفقه الشافعي ١/٦.

وكذا مَن استأجر عبداً للخدمة، فكَفَلَ له رجلٌ بخدمته: فهو باطلٌ.

ولا تَصِحُّ الكفالةُ إلا بقبولِ المكفولِ له في مجلس العقد.

إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي: أن يقولَ المريضُ لوارِثِه: تكفَّلْ عني بما عليَّ من الدَّيْن، فكَفَلَ به مع غَيْبة الغرماء: جاز.

قال: (وكذا مَن استأجر عبداً للخدمة، فكَفَلَ له رجلٌ بخدمته: فهو باطلٌ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولا تَصِحُّ الكفالةُ إلا بقبولِ المكفولِ له في مجلس العقد)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخِراً: يجوزُ إذا بَلَغَه، فأجاز.

ولم يَشترط في بعض النُّسَخ[1] الإجازةَ.

والخلافُ في الكفالة بالنفس والمالِ جميعاً.

له: أنه تصرُّفُ التزامٍ، فيَستبِدُّ به الملتزِمُ، وهذا وجهُ هذه الرواية عنه.

ووجهُ التوقُّف[2]: ما ذكرناه في الفضوليِّ في النكاح.

ولهما: أن فيه[3] معنىٰ التمليك، وهو تمليكُ المطالبةِ منه، فيقومُ بهما جميعاً، والموجودُ شَطْرُه، فلا يَتوقَّفُ علىٰ ما وراءَ المجلس.

قال: (إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي: أن يقولَ المريضُ لوارِثِه: تكفَّلْ عني بما عليَّ من الدَّيْن، فكَفَلَ به مع غَيْبة الغرماء: جاز)؛ لأن ذلك وصيةٌ

---

(١) أي نُسَخ كفالة المبسوط، للإمام محمد. البناية ١١/١٥١.

(٢) أي علىٰ الإجازة.

(٣) أي في عقد الكفالة.

وإذا ماتَ الرجلُ، وعليه ديونٌ، ولم يَتركْ شيئاً، فتكفَّلَ عنه رجلٌ للغرماء: لم تصحَّ عند أبي حنيفة رحمه الله.

في الحقيقة، ولهذا تصحُّ وإن لم يُسَمِّ المكفولَ لهم.

ولهذا قالوا: إنما تصحُّ إذا كان له مالٌ، أو يُقالُ: إنه قائمٌ مَقامَ الطالب؛ لحاجته إليه؛ تفريغاً لذِمَّتِه، وفيه نَفْعُ الطالب، فصار كما إذا حَضَرَ بنفسه.

وإنما تصحُّ بهذا اللفظ، ولا يُشترَطُ القبولُ: لأنه يُرَادُ به التحقيقُ، دونَ المساومةِ ظاهراً في هذه الحالة، فصار كالأمر بالنكاح.

ولو قال المريضُ ذلك لأجنبيٍّ: اختلف المشايخُ رحمهم الله فيه[1].

قال: (وإذا ماتَ الرجلُ، وعليه ديونٌ، ولم يَتركْ شيئاً، فتكفَّلَ عنه رجلٌ للغرماء: لم تصحَّ عند أبي حنيفة رحمه الله).

وقالا: تصحُّ؛ لأنه كَفَلَ بدينٍ ثابتٍ؛ لأنه وَجَبَ لِحَقِّ الطالب، ولم يوجدِ المُسقِطُ، ولهذا يَبقىٰ في حَقِّ أحكامِ الآخِرة.

ولو تبرَّع به[2] إنسانٌ: يصحُّ.

وكذا يبقىٰ إذا كان به كفيلٌ، أو له مالٌ.

وله[3]: أنه كَفَلَ بدَيْنٍ ساقطٍ؛ لأن الدَّيْنَ هو الفعلُ حقيقةً، ولهذا يُوصَفُ بالوجوب، لكنه في الحكم مالٌ؛ لأنه يؤولُ إليه في المآل، وقد

---

(١) ينظر البناية ١١/١٥٤.

(٢) أي بأداء الدَّيْن.

(٣) أي لأبي حنيفة رحمه الله.

ومَن كَفَلَ عن رجلٍ بألفٍ عليه بأمره، فقَضَاه الألفَ قبلَ أن يُعطيَه صاحبَ المال: فليس له أن يرجعَ فيها.

عَجَزَ بنفسه وبخَلَفِه، ففات عاقبةُ الاستيفاء، فيَسقطُ؛ ضرورةً، والتبرُّعُ لا يعتمدُ قيامَ الدَّيْن.

وإذا كان به كفيلٌ[(١)]، أو له مالٌ: فخَلَفُه باقٍ، إذِ الإفضاءُ إلىٰ الأداءِ باقٍ.

قال: (ومَن كَفَلَ عن رجلٍ بألفٍ عليه بأمره، فقَضَاه[(٢)] الألفَ قبلَ أن يُعطيَه صاحبَ[(٣)] المال: فليس له[(٤)] أن يرجعَ فيها[(٥)]).

لأنه[(٦)] تعلَّقَ به حَقُّ القابض[(٧)] علىٰ احتمالِ قضائه الدينَ، فلا تجوز المطالبةُ ما بقيَ هذا الاحتمالُ، كمَن عجَّلَ زكاتَه، ودَفَعَها إلىٰ الساعي.

ولأنه مَلَكَه بالقبض، علىٰ ما نَذكُر.

---

(١) جوابٌ عن قولهما، أي وكذا يبقىٰ إذا كان به كفيلٌ أو مالٌ، بيان هذا: أن القدرة شَرْطُ الفعل، إما بنفس القادر أو بخَلَفِه إذا كان به كفيلٌ أو له مالٌ، فإن انتفىٰ القادرُ: فخَلَفُه، وهو الوكيل أو المال في حَقِّ بقاء الدين: باقٍ. البناية ١١/١٥٦.

(٢) أي فقضىٰ الرجلُ الكفيلَ الألفَ.

(٣) منصوبٌ علىٰ أنه مفعولٌ ثانٍ للإعطاء، أي قبل أن يعطيَ الكفيلُ الألفَ صاحبَ المال. البناية ١١/١٥٧.

(٤) أي المكفول عنه، وهو الرجل.

(٥) أي في الألف، علىٰ تأويل الدراهم.

(٦) أي الألف، والألف: لفظٌ مذكَّرٌ.

(٧) أي الكفيل.

وإن رَبِحَ الكفيلُ فيه: فهو له، ولا يتصدَّقُ به.

ولو كانت الكفالةُ بِكُرٍّ حنطةٍ، فقبَضَها الكفيلُ، فباعها، وربِحَ فيها: فالرِّبحُ له في الحكْم.

بخلاف ما إذا كان الدفعُ إليه علىٰ وجهِ الرسالة؛ لأنه تَمَحَّضَ أمانةً في يده.

قال: (وإن رَبِحَ الكفيلُ فيه: فهو له، ولا يتصدَّقُ به)؛ لأنه مَلَكَه حين قَبَضَه. أما إذا قضىٰ الدينَ: فظاهر[1].

وكذا إذا قضىٰ المطلوبُ بنفسه، وثبَتَ له حَقُّ الاسترداد؛ لأنه وَجَبَ له[2] علىٰ المكفول عنه مثلُ ما وَجَبَ للطالب عليه، إلا أنه أُخِّرتِ المطالبةُ إلىٰ وقتِ الأداء، فنُزِّلَ منزلةَ الدَّيْن المؤجَّل.

ولهذا لو أبرأ الكفيلُ المطلوبَ قبلَ أدائه: يصحُّ، فكذا إذا قَبَضَه[3]: يملكُه، إلا أنَّ فيه نوعَ خُبْثٍ، نُبيِّنُه[4]، فلا يَعملُ[5] مع الملك فيما لا يتعيَّنُ، وقد قرَّرناه في البيوع.

قال: (ولو كانت الكفالةُ بِكُرٍّ حنطةٍ، فقبَضَها الكفيلُ، فباعها، وربِحَ فيها: فالرِّبحُ له في الحكْم[6])؛ لِمَا بيَّنَّا أنه مَلَكَه.

---

(١) يعني يطيب الربح له.

(٢) أي للكفيل.

(٣) أي إذا قبض الكفيل ما يؤدي الأصيل إليه.

(٤) وقد بيَّن نوع الخبث في الربح الحاصل للكفيل بيَّنه في مسألة الكفالة بالكُرِّ.

(٥) أي الخُبْث.

(٦) أي في القضاء.

وأَحَبُّ إليَّ أن يَردَّه علىٰ الذي قضاه الكُرَّ، ولا يجبُ عليه في الحُكم، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية «الجامع الصغير».

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: هو له، ولا يَرُدُّه علىٰ الذي قضاه الكُرَّ.

قال[١]: (وأَحَبُّ إليَّ أن يَردَّه علىٰ الذي قضاه الكُرَّ، ولا يجبُ عليه في الحُكم[٢]، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية «الجامع الصغير[٣]».

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: هو له، ولا يَرُدُّه علىٰ الذي قضاه الكُرَّ)، وهو روايةٌ عنه[٤].

وعنه: أنه يتصدَّقُ به.

لهما: أنه رَبِحَ في مِلْكِه علىٰ الوجه الذي بيَّنَّاه، فيَسلَمُ له.

وله: أنه تمكَّنَ الخُبْثُ مع المِلكِ، إما لأنه بسبيلٍ من الاسترداد، بأن يقضيَه بنفسه، أو لأنه رضيَ به، علىٰ اعتبار قضاءِ الكفيل، فإذا قضاه بنفسه: لم يكن راضياً به.

وهذا الخُبْثُ يَعملُ فيما يتعيَّن، فيكون سبيلُه التصدُّقَ به، في روايةٍ، ويردُّه عليه، في روايةٍ؛ لأن الخُبْثَ لِحَقِّه[٥].

---

(١) أي أبو حنيفة رحمه الله. البناية ١١/ ١٦٠.

(٢) أي الرد.

(٣) ص١٨٧.

(٤) أي عن أبي حنيفة رحمه الله.

(٥) أي حق المكفول عنه.

ومَن كَفَلَ عن رجلٍ بألفِ درهمٍ عليه، بأَمْره، فأَمَرَه الأصيلُ أن يتعيَّن عليه حريراً، ففَعَلَ: فالشراءُ للكفيل، والربحُ الذي رَبِحَه البائعُ فهو عليه.

وهذا أصحُّ، لكنه استحبابٌ، لا جَبْرٌ؛ لأن الحقَّ له.

قال: (ومَن كَفَلَ عن رجلٍ بألفِ درهمٍ عليه، بأَمْره، فأَمَرَه الأصيلُ أن يتعيَّن عليه حريراً[1]، ففَعَلَ: فالشراءُ للكفيل، والربحُ الذي رَبِحَه البائعُ فهو عليه).

ومعناه: الأمرُ ببيع العِيْنة، مثلُ أن يَستقرِضَ من تاجرٍ عشرةً، فيتأبَّىٰ[2] عليه أن يُقرِضه، ويبيعَ منه ثوباً يساوي عشرةً بخمسة عشرَ مثلاً؛ رغبةً في نَيْلِ الزيادة؛ ليبيعَه المستقرِضُ بعشرةٍ، ويَتحمَّلَ عليه خمسةً.

سُمِّيَ بالعِينة[3]؛ لِمَا فيه من الإعراضِ عن الدَّيْن إلىٰ العين.

وهو مكروهٌ؛ لِمَا فيه من الإعراض عن مَبرَّةِ الإقراض؛ مُطاوَعَةً لمَذموم البُخْل.

ثم قيل: هذا ضمانٌ لِمَا يَخسَرُ المشتري؛ نظراً إلىٰ قوله: عليَّ، وهو فاسدٌ، وليس بتوكيلٍ.

وقيل: هو توكيلٌ فاسدٌ؛ لأن الحريرَ غيرُ متعيِّنٍ، وكذا الثمنُ غيرُ متعيِّنٍ؛ لجهالة ما زاد علىٰ الدَّيْن.

---

(١) أي علىٰ الأصيل، أي أمره أن يشتري له حريراً بطريق العِيْنة.

(٢) أي التاجر.

(٣) أي سُمِّي هذا البيعُ ببيع العِيْنة.

ومَن كَفَلَ عن رجلٍ بما ذابَ له عليه، أو بما قُضِيَ له عليه، فغاب المكفولُ عنه، فأقام المدعي البينةَ علىٰ الكفيل أن له علىٰ المكفولِ عنه ألفَ درهمٍ : لم تُقبل بيِّنتُه.

ومَن أقام البينةَ أنَّ له علىٰ فلانٍ كذا، وأنَّ هذا كفيلٌ عنه بأمره : . . . .

وكيفما كان: فالشراءُ للمشتري، وهو الكفيلُ، والربحُ، أي الزيادةُ: عليه[١]؛ لأنه العاقد.

قال: (ومَن كَفَلَ عن رجلٍ بما ذابَ له عليه[٢]، أو بما قُضِيَ له عليه، فغاب المكفولُ عنه، فأقام المدعي البينةَ علىٰ الكفيل أن له علىٰ المكفولِ عنه ألفَ درهمٍ: لم تُقبل بيِّنتُه)؛ لأن المكفولَ به مالٌ مَقْضِيٌّ به.

وهذا في لفظة: القضاء[٣]: ظاهرٌ، وكذا في الأخرىٰ[٤]؛ لأن معنىٰ: ذاب: تقرَّر، وهو بالقضاء، أو مالٌ يُقضَىٰ به.

وهذا ماضٍ أُريد به المستأنَفُ[٥]، كقوله: أطال الله بقاءَك، فالدعوىٰ مطلَقٌ عن ذلك[٦]، فلا تصح.

قال: (ومَن أقام البينةَ أنَّ له علىٰ فلانٍ كذا، وأنَّ هذا كفيلٌ عنه بأمره:

---

(١) أي علىٰ الكفيل.

(٢) أي بما وَجَبَ وثَبَتَ.

(٣) وهو قوله: أو بما قُضي له عليه.

(٤) أي وكذا ظاهرٌ في المسألة الأخرىٰ، وهي قوله: ما ذاب له عليه.

(٥) وفي نُسخ: المستقبل.

(٦) أي عن المال المَقضيِّ به.

فإنه يُقضَىٰ به علىٰ الكفيل، وعلىٰ المكفولِ عنه.

وإن كانت الكفالةُ بغير أمره: يُقضَىٰ علىٰ الكفيل خاصةً.

ومَن باع داراً، وكَفَلَ رجلٌ عنه بالدَّرَك: فهو تسليمٌ.

فإنه يُقضَىٰ به علىٰ الكفيل، وعلىٰ المكفولِ عنه.

وإن كانت الكفالةُ بغير أمره: يُقضَىٰ علىٰ الكفيل خاصةً).

وإنما تُقبلُ: لأن المكفولَ به مالٌ مُطلَقٌ، بخلاف ما تقدم.

وإنما يَختلفُ[1] بالأمر وعَدَمِه؛ لأنهما يتغايران؛ لأن الكفالةَ بأمره: تبرُّعٌ ابتداءً، ومعاوضةٌ انتهاءً، وبغير أَمْره: تبرُّعٌ ابتداءً وانتهاءً، فبدعواه أحدَهما: لا يُقضىٰ له بالآخَر، وإذا قُضِيَ بها بالأمر: ثَبَتَ أمرُه، وهو يتضمَّنُ الإقرارَ بالمال، فيصيرُ مَقْضِياً عليه.

والكفالةُ بغير أَمْرِه لا تَمَسُّ جانبَه؛ لأنه يَعتمِدُ صحتُها قيامَ الدَّيْن في زَعْم الكفيل، فلا يتعدَّىٰ إليه، وفي الكفالةِ بأمره: يرجعُ الكفيلُ بما أدَّىٰ علىٰ الآمِر.

وقال زفرُ رحمه الله: لا يَرجعُ؛ لأنه لَمَّا أنكر[2]: فقد ظُلِمَ في زَعْمه، فلا يَظلِمُ غيرَه.

ونحنُ نقولُ: صار مُكَذَّباً شرعاً، فبَطَلَ ما زَعَمَه.

قال: (ومَن باع داراً، وكَفَلَ رجلٌ عنه بالدَّرَك: فهو تسليمٌ[3])؛ لأن

---

(١) أي الحكم.

(٢) أي الكفيل.

(٣) أي تسليمٌ وتصديقٌ من الكفيل بأن الدارَ ملكُ البائع.

ولو شَهِدَ، وختَمَ، ولم يكفُلْ: لم يكنْ تسليماً، وهو علىٰ دعواه.

الكفالةَ لو كانت مشروطةً في البيع، فتمامُه بقبوله، ثم بالدعوىٰ يسعىٰ في نَقْضِ ما تمَّ من جهته.

وإن لم تكن مشروطةً فيه: فالمرادُ بها إحكامُ البيعِ، وترغيبُ المشتري فيه، إذ لا يَرغبُ فيه دون الكفالة، فنُزِّلَ منزلةَ الإقرار بملك البائع.

قال: (ولو شَهِدَ، وختَمَ، ولم يكفُلْ: لم يكنْ تسليماً، وهو علىٰ دعواه)؛ لأن الشهادةَ لا تكونُ مشروطةً في البيع، ولا هي بإقرارٍ بالملك؛ لأن البيعَ مرةً يوجدُ من المالك، وتارةً من غيره، ولعلَّه كَتَبَ الشهادةَ ليحفظَ الحادثةَ، بخلاف ما تقدم.

قالوا[١]: إذا كُتِبَ في الصَّكِّ: باع، وهو يملِكُه، أو بيعاً باتاً نافذاً، وهو[٢] كَتَبَ: شَهِدَ بذلك: فهو تسليم[٣]، إلا إذا كَتَبَ الشهادةَ علىٰ إقرار المتعاقدَيْن[٤]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مشايخنا رحمهم الله. البناية ١١/١٧١.

(٢) أي الشاهد.

(٣) فلا تصح دعواه.

(٤) فإنه ليس بتسليم.

فصلٌ في الضمان

ومَن باع لرجلٍ ثوباً، وضَمِنَ له الثمنَ، أو مضارِبٌ ضَمِنَ ثمنَ متاعٍ لربِّ المال: فالضمانُ باطلٌ.

وكذلك رجلان باعا عبداً صفقةً واحدةً، وضَمِنَ أحدُهما لصاحبه حصتَه من الثمن: فالضمان باطلٌ.

فصلٌ في الضمان[1]

قال: (ومَن باع لرجلٍ ثوباً، وضَمِنَ له الثمنَ، أو مضارِبٌ ضَمِنَ ثمنَ متاعٍ لربِّ المال: فالضمانُ باطلٌ)؛ لأن الكفالةَ التزامُ المطالبة، وهي[2] إليهما، فيصيرُ كلُّ واحدٍ منهما ضامناً لنفسه.

ولأن المالَ أمانةٌ في أيديهما، والضمانُ تغييرٌ لحكم الشرع، فيُرَدُّ عليه[3]، كاشتراطه علىٰ المودَع، والمستعير[4].

قال: (وكذلك[5] رجلان باعا عبداً صفقةً واحدةً، وضَمِنَ أحدُهما لصاحبه حصتَه من الثمن: فالضمان باطلٌ).

---

(١) قال في البناية ١١/١٧١: الضمانُ والكفالةُ: بمعنىً واحد، لكن المصنف رحمه الله سمىٰ هذا الفصل بذلك: تبعاً للجامع الصغير.

(٢) أي المطالبة.

(٣) أي علىٰ الضامن، وهو الوكيل أو المضارب. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٤) فإنه لا ضمانَ عليهما شرعاً، فاشتراطه عليهما: يكون تغييراً للمشروع.

(٥) أي لا يصح الضمان.

ومَن ضَمِنَ عن آخرَ خرَاجَه، ونوائبَه، وقسمتَه : فهو جائزٌ.

لأنه لو صحَّ الضمانُ مع الشركة: يصيرُ ضامناً لنفسه، ولو صحَّ في نصيبِ صاحبِه خاصةً: يؤدِّي إلىٰ قسمةِ الدَّيْن قبلَ قَبْضه، ولا يجوزُ ذلك.

بخلاف ما إذا باعا صفقتَيْن؛ لأنه لا شركةَ؛ ألا ترىٰ أنَّ للمشتري أنْ يقبلَ البيع في نصيبِ أحدِهما، ويقبِضَ إذا نَقَدَ ثمنَ حصتِه وإن قَبِلَ الكلَّ[1].

قال: (ومَن ضَمِنَ عن آخرَ خرَاجَه، ونوائبَه، وقسمتَه: فهو جائزٌ).

أما الخراجُ: فقد ذكرناه، وهو يخالفُ الزكاةَ، لأنها مجرَّدُ فعلٍ، ولهذا لا تُؤدَّىٰ بعد موته من تَرِكَتِه إلا بوصيته.

وأما النوائبُ: فإن أُريدَ بها ما يكون بحَقٍّ، ككَرْي النهرِ المشترَك، وأَجْرِ الحارس والموظفِ لتجهيز الجيش، وفِداءِ الأُسارىٰ وغيرها: جازتِ الكفالةُ بها، علىٰ الاتفاق.

وإن أُريد بها ما ليس بحَقٍّ، كالجبايات في زماننا: ففيه اختلافُ المشايخ رحمهم الله، وممَّن يميلُ إلىٰ الصحة الشيخُ الإمامُ عليٌّ البَزْدَوِيُّ[2] رحمه الله تعالىٰ.

وأما القسمة: فقد قيل: هي النوائبُ بعينها، أو حصتُه منها، والرواية بـ: أو[3].

---

(١) أي وإن قَبِلَ المشتري الكلَّ بكلامٍ واحد.

(٢) الإمام الشهير أبي العُسْر صاحب الأصول (كنز الوصول)، ت ٤٨٢هـ.

(٣) أي علىٰ تقدير: أن تكون القسمةُ حصةً من النوائب؛ لأن القسمة إذا كانت حصة منها: فهو محلٌّ: أو، وأما إذا كانت هي النوائبُ بعينها: فهو محل: الواو. البناية ١١/١٧٥.

ومَن قال لآخَرَ: لكَ عليَّ مائةُ درهمٍ إلىٰ شهرٍ، فقال المقَرُّ له: هي حالَّةٌ: فالقولُ قولُ المدعي.

وإن قال: ضَمِنْتُ لكَ عن فلانٍ مائةَ درهمٍ إلىٰ شهرٍ، وقال المقَرُّ له: هي حالَّةٌ: فالقولُ قولُ الضامن.

وقيل: هي النائبةُ الموظَّفَةُ الراتِبةُ.

والمرادُ بالنوائب: ما ينوبُه غيرَ راتبٍ، والحكمُ ما بيَّنَّاه.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: لكَ عليَّ مائةُ درهمٍ إلىٰ شهرٍ، فقال المقَرُّ له: هي حالَّةٌ: فالقولُ قولُ المدعي.

وإن قال: ضَمِنْتُ لكَ عن فلانٍ مائةَ درهمٍ إلىٰ شهرٍ، وقال المقَرُّ له: هي حالَّةٌ: فالقولُ قولُ الضامن).

ووَجْهُ الفَرْق: أن المقِرَّ أقرَّ بالدَّيْن، ثم ادَّعىٰ حقاً لنفسه، وهو تأخيرُ المطالبة إلىٰ أجلٍ، وفي الكفالة: ما[1] أقرَّ بالدَّيْن؛ لأنه لا دَيْنَ عليه، في الصحيح[2]، وإنما أقرَّ بمجرَّد المطالبة بعد الشهر.

ولأن الأجلَ في الديون عارِضٌ، حتىٰ لا يثبتُ إلا بشرطٍ، فكان القولُ قولَ مَن أنكر الشرطَ، كما في الخيار.

أما الأجلُ في الكفالة: فنوعٌ منها[3]، حتىٰ يثبتُ من غير شرطٍ، بأن كان مؤجَّلاً علىٰ الأصيل.

---

(١) ما: نافية.

(٢) أي في الصحيح من القول.

(٣) أي من الكفالة.

ومَن اشترىٰ جاريةً، فكَفَلَ له رجلٌ بالدَّرك، فاستُحِقَّت: لم يأخذِ الكفيلَ حتىٰ يُقضَىٰ له بالثمن علىٰ البائع.

والشافعيُّ[1] رحمه الله أَلْحَقَ الثاني بالأول[2]، وأبو يوسف رحمه الله فيما يُروىٰ عنه: أَلْحَقَ الأولَ بالثاني، والفرقُ قد أوضحناه.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، فكَفَلَ له رجلٌ بالدَّرك، فاستُحِقَّت[3]: لم يأخذِ[4] الكفيلَ حتىٰ يُقضَىٰ له بالثمن علىٰ البائع).

لأن بمجرد الاستحقاق: لا ينتقضُ البيعُ، علىٰ ظاهر الرواية، ما لم يُقْضَ له بالثمن علىٰ البائع؛ لأن احتمالَ الإجازةِ ثابتٌ، فلم يجبْ له علىٰ الأصيل رَدُّ الثمن، فلا يجبُ علىٰ الكفيل.

بخلاف القضاء بالحرية؛ لأن البيعَ يبطلُ بها؛ لعدم المَحَلِّية، فيرجعُ علىٰ البائع والكفيل.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَبطلُ البيعُ بالاستحقاق، فعلىٰ قياس قوله:

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٠٧.

(٢) قال العيني في البناية ١١/١٧٧: هكذا وقع في عامة النسخ، وليس بصحيح، بل الصحيح عكسه، فإن الشافعي رحمه الله ألحق الأول بالثاني، وأبا يوسف ألحق الثاني بالأول؛ لأن الشافعي رحمه الله قال: القول للمقِرِّ في الفصلين جميعاً، وبيانه: أن الشافعي رحمه الله ألحق الإقرارَ بالدين بالإقرار بالكفالة؛ حيث صدَّق المقرَّ بالدين المؤجل، كما صدَّقنا المقر بالكفالة، وأبو يوسف رحمه الله ألحق الإقرار بالكفالة المؤجلة بالإقرار بالدين المؤجل؛ حيث لم يصدق المقر فيهما جميعاً. اهـ

(٣) أي وقضىٰ القاضي. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٤) أي المشتري. البناية ١١/١٧٨.

ومَن اشترىٰ عبداً، فضَمِنَ له رجلٌ بالعُهدة: فالضمانُ باطلٌ.

يَرجعُ بمجرد الاستحقاق، وموضِعُه[١] أوائلُ «الزيادات» في ترتيب الأصل[٢].

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً، فضَمِنَ له رجلٌ بالعُهدة[٣]: فالضمانُ باطلٌ).

لأن هذه اللفظةَ مشتبِهةٌ، قد تقعُ علىٰ الصكِّ القديم، وهو ملكُ البائع، فلا يصحُّ ضمانُه، وقد تقعُ علىٰ العقد، وعلىٰ حقوقه، وعلىٰ الدَّرَك، وعلىٰ الخيار، ولكلٍّ من ذلك وَجْهٌ، فتعذَّر العملُ بها.

بخلاف الدَّرَك: لأنه استُعمل في ضمانِ الاستحقاقِ عُرفاً.

ولو ضَمِنَ الخَلاصَ: لا يصحُّ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه عبارةٌ عن تخليص المَبيع وتسليمِه، لا محالةَ، وهو غيرُ قادرٍ عليه.

وعندهما: هو بمنزلة الدَّرَك، وهو تسليمُ المَبيع[٤]، أو قيمتِه[٥]، فصحَّ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

*****

---

(١) أي موضع الاستحقاق هو في أوائل كتاب الزيادات، الذي بدأه أبو يوسف بباب المأذون، قبل تغيير وترتيبِ الزعفرانيِّ تلميذ محمدٍ له. ينظر البناية ١١/١٧٩.

(٢) أراد بترتيب الأصل: ترتيبَ محمدٍ رحمه الله، فإنه افتتح كتابَ الزيادات بباب المأذون، مخالفاً لترتيب سائر الكتب؛ تبرُّكاً بما أملىٰ به أبو يوسف رحمه الله، فإن محمداً أخذ ما أملىٰ أبو يوسف باباً باباً، وجعله أصلاً، وزاد عليه من عنده ما يُتِمُّ به تلك الأبواب، فكان أصلُ الكتاب من تصنيف أبي يوسف رحمه الله، وزيادته من تصنيف محمد رحمه الله، ولذلك سماه: كتاب الزيادات. البناية ١١/١٧٩.

(٣) أي مما أدرك فيه من عيبٍ كان معهوداً عنده. المغرب ٢/٩٢.

(٤) عند إجازته. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٥) عند عدم إجازته. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

باب
كفالة الرَّجُلَيْن

وإذا كان الدَّيْنُ علىٰ اثنين، وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبه، كما إذا اشتريا عبداً بألفِ درهمٍ، وكَفَلَ كلٌّ واحدٍ منهما عن صاحبه: فما أدَّىٰ أحدُهما: لم يَرجعْ علىٰ شريكِه حتىٰ يزيدَ ما يؤدِّيه علىٰ النصف، فيرجعُ بالزيادة.

باب
كفالة الرَّجُلَيْن

قال: (وإذا كان الدَّيْنُ علىٰ اثنين، وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبه، كما إذا اشتريا عبداً بألفِ درهمٍ، وكَفَلَ كلٌّ واحدٍ منهما عن صاحبه: فما أدَّىٰ أحدُهما: لم يَرجعْ علىٰ شريكِه حتىٰ يزيدَ ما يؤدِّيه علىٰ النصف، فيرجعُ بالزيادة).

لأن كلَّ واحدٍ منهما في النصف أصيلٌ، وفي النصفِ الآخَرِ كفيلٌ، ولا معارضةَ بين ما عليه بحَقِّ الأصالة وبحَقِّ الكفالة؛ لأن الأولَ دينٌ، والثاني مطالَبةٌ.

ثم هو تابعٌ للأول، فيقعُ عن الأول، وفي الزيادةِ لا معارضةَ، فيقعُ عن الكفالة.

وإذا كَفَلَ رجلان عن رجلٍ بمالٍ، علىٰ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبِه: فكلُّ شيءٍ أدَّاه أحدُهما: رَجَعَ علىٰ شريكِه بنصفه، قليلاً كان أو كثيراً.

ولأنه لو وَقَعَ في النصف[1] عن صاحبه: فيرجعُ عليه، فلصاحبه أن يرجعَ؛ لأن أداءَ نائبِه كأدائه، فيؤدي إلىٰ الدَّوْر.

قال: (وإذا كَفَلَ رجلان عن رجلٍ بمالٍ، علىٰ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبِه: فكلُّ شيءٍ أدَّاه أحدُهما: رَجَعَ علىٰ صاحبِه[2] بنصفه، قليلاً كان أو كثيراً).

ومعنىٰ المسألةِ في الصحيح: أن تكونَ الكفالةُ بالكلِّ عن الأصيل، وبالكلِّ عن الشريك، والمطالبةُ متعدِّدةٌ، فتجتمعُ الكفالتان، علىٰ ما مَرَّ.

وموجَبُهما[3]: التزامُ المطالبةِ، فتصحُّ الكفالةُ عن الكفيل، كما تصحُّ الكفالةُ عن الأصيل، وكما تصحُّ الحوالةُ من المحتال عليه.

وإذا عُرف هذا: فما أدَّاه أحدُهما: وَقَعَ شائعاً عنهما، إذِ الكلُّ كفالةٌ، فلا ترجيحَ للبعض علىٰ البعض.

بخلاف ما تقدَّم، فيرجعُ علىٰ شريكِه بنصفه، ولا يؤدي إلىٰ الدَّوْر؛ لأن قضيتَه الاستواءُ، وقد حَصَلَ برجوع أحدِهما بنصف ما أدَّىٰ، فلا تنتقضُ المساواةُ برجوع الآخَرِ عليه، بخلاف ما تقدم.

---

(١) أي نصف الدين.

(٢) وفي نُسخ: شريكه.

(٣) وفي نُسخ: وموجبها.

وإن شاء رَجَعَ بالجميع علىٰ المكفول عنه.

وإذا أبرأ ربُّ المالِ أحدَهما: أَخَذَ الآخَرَ بالجميع.

وإذا افترق المتفاوِضان: فلأصحاب الديونِ أن يأخذوا أيَّهما شاؤوا بجميع الديون، ولا يَرجعُ أحدُهما علىٰ صاحبِه حتىٰ يُؤدِّيَ أكثرَ من النصف.

وإذا كُوتِبَ العبدان كتابةً واحدةً، وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبه: فكلُّ شيءٍ أدَّاه أحدُهما: رَجَعَ علىٰ صاحبِه بنصفه.

ثم يرجعان علىٰ الأصيل؛ لأنهما أدَّيا عنه: أحدُهما بنفسه، والآخَرُ بنائبه.

قال: (وإن شاء رَجَعَ بالجميع علىٰ المكفول عنه)؛ لأنه كَفَلَ بجميع المال عنه بأمره.

قال: (وإذا أبرأ ربُّ المالِ أحدَهما: أَخَذَ الآخَرَ بالجميع)؛ لأن إبراءَ الكفيلِ لا يوجِبُ براءةَ الأصيل، فبقِيَ المالُ كلُّه علىٰ الأصيل، والآخَرُ كفيلٌ عنه بكلِّه، علىٰ ما بيَّنَّاه، ولهذا يأخذُه به.

قال: (وإذا افترق المتفاوِضان: فلأصحاب الديونِ أن يأخذوا أيَّهما شاؤوا بجميع الديون)؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبه، علىٰ ما عُرِف في الشركة.

(ولا يَرجعُ أحدُهما علىٰ صاحبِه حتىٰ يُؤدِّيَ أكثرَ من النصف)؛ لِمَا مَرَّ من الوجهَيْن في كفالة الرجلين.

قال: (وإذا كُوتِبَ العبدان كتابةً واحدةً، وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبه: فكلُّ شيءٍ أدَّاه أحدُهما: رَجَعَ علىٰ صاحبِه بنصفه).

ولو لم يؤدِّيا شيئاً حتىٰ أعتق المولىٰ أحدَهما : جاز العتقُ .

وللمولىٰ أن يأخذَ بحصة الذي لم يَعتِقْ أيَّهما شاء .

ووَجْهُه: أن هذا العقدَ جائزٌ؛ استحساناً، وطريقُه: أن يُجعَلَ كلُّ واحدٍ منهما أصيلاً في حَقِّ وجوبِ الألف[1] عليه، فيكونُ عِتْقُهما مُعَلَّقاً بأدائه، ويُجعَلُ كفيلاً بالألف في حقِّ صاحبه، وسنذكرُه في المكاتَب[2] إن شاء الله تعالىٰ.

وإذا عُرف ذلك: فما أدَّاه أحدُهما: رَجَعَ بنصفه علىٰ صاحبه؛ لاستوائهما، ولو رَجَعَ بالكل: لا تتحقُّق المساواةُ.

قال: (ولو لم يؤدِّيا شيئاً حتىٰ أعتق المولىٰ أحدَهما: جاز العتقُ)؛ لمصادفته ملكَه، وبَرِئَ عن النصف؛ لأنه ما رضيَ بالتزام المال إلا ليكون المالُ وسيلةً إلىٰ العتق، وما[3] بقِيَ وسيلةً، فيسقطُ، ويبقىٰ النصفُ علىٰ الآخَر؛ لأن المالَ في الحقيقة مقابَلٌ برقبتهما.

وإنما جُعِلَ علىٰ كل واحدٍ منهما: احتيالاً لتصحيح الضمان.

وإذا جاء العِتْقُ: استُغنِيَ عنه، فاعتُبر مقابَلاً برقبتهما، فلهذا يَتنصَّف.

قال: (وللمولىٰ أن يأخذَ بحصةِ الذي لم يُعتِقْ أيَّهما[4] شاء): المعتَقَ بالكفالة، وصاحبَه بالأصالة.

---

(١) وفي نُسخ: المال.

(٢) أي في كتاب المكاتب.

(٣) ما: نافيةٌ.

(٤) أي العبدين المكاتبين.

فإن أَخَذَ الذي أُعتِقَ: رَجَعَ علىٰ صاحبِه بما يؤدِّي.

وإن أَخَذَ الآخَرَ: لم يَرجِعْ علىٰ المعتَقِ بشيءٍ.

(فإن أَخَذَ الذي أُعتِقَ: رَجَعَ علىٰ صاحبِه بما يؤدِّي)؛ لأنه مؤدٍّ عنه بأمره.

(وإن أَخَذَ الآخَرَ: لم يَرجِعِ[1] علىٰ المعتَقِ بشيءٍ)؛ لأنه أدَّىٰ عن نفسه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الآخَرُ. البناية ١١/١٨٧.

باب
كفالة العبد، والكفالة عنه

ومَن ضَمِنَ عن عبدٍ مالاً: لا يجبُ عليه حتىٰ يَعتِقَ.
وإن لم يُسمِّ حالاً، ولا غيرَه: فهو حالٌّ.

باب
كفالة العبد، والكفالة عنه

قال: (ومَن ضَمِنَ عن عبدٍ مالاً: لا يجبُ عليه حتىٰ يَعتِقَ.
وإن لم[1] يُسمِّ حالاً، ولا غيرَه[2]: فهو حالٌّ).

لأن المالَ حالٌّ عليه؛ لوجود السبب، وقَبولِ الذمة، إلا أنه لا يُطالَبُ لعُسْرَتِه، إذ جميعُ ما في يدِه مِلْكُ المولىٰ، ولم يَرْضَ بتعلُّقِه[3] به، والكفيلُ غيرُ معسرٍ، فصار كما إذا كَفَلَ عن غائبٍ أو مُفَلَّسٍ[4].

بخلاف الدَّيْن المؤجَّل؛ لأنه متأخِّرٌ بمُؤَخِّرٍ.

ثم إذا أدَّىٰ: رَجَعَ علىٰ العبدِ بعدَ العتق؛ لأن الطالبَ لا يرجعُ عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيلُ؛ لقيامِه مَقامَه.

---

(١) هكذا في نُسخ، وفي أخرىٰ: ولم يسم، وكذلك في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي ولا مؤجلاً.

(٣) أي بتعلق الدين بالعبد. البناية ١١/١٨٧.

(٤) أي فلّسه القاضي. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

ومَن ادَّعىٰ علىٰ عبدٍ مالاً، وكَفَلَ له رجلٌ بنفسه، فمات العبدُ: بَرِئَ الكفيلُ.

فإن ادَّعىٰ رقبةَ العبدِ، فكَفَلَ به رجلٌ، فمات العبدُ، فأقام المدعي البينةَ أنه كان له: ضَمِنَ الكفيلُ قيمتَه.

وإذا كَفَلَ العبدُ عن مولاه بأمرِه، فعَتَقَ، فأدَّاه، أو كان المولىٰ كَفَلَ عنه، فأدَّاه بعد العِتْقِ: لم يرجِعْ واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ.

قال: (ومَن ادَّعىٰ علىٰ عبدٍ مالاً، وكَفَلَ له رجلٌ بنفسه، فمات العبدُ: بَرِئَ الكفيلُ)؛ لبراءةِ الأصيلِ، كما إذا كان المكفولُ عنه بنفسه حرّاً.

قال: (فإن ادَّعىٰ رقبةَ العبدِ، فكَفَلَ به رجلٌ، فمات العبدُ، فأقام المدعي البينةَ أنه كان له: ضَمِنَ الكفيلُ قيمتَه).

لأن علىٰ المولىٰ رَدَّها علىٰ وجهٍ يَخْلُفُها قيمتُها، وقد التزم الكفيلُ ذلك، وبعد الموتِ تبقىٰ القيمةُ واجبةً علىٰ الأصيل، فكذا علىٰ الكفيل، بخلاف الأول.

قال: (وإذا كَفَلَ العبدُ عن مولاه بأمرِه، فعَتَقَ، فأدَّاه، أو كان المولىٰ كَفَلَ عنه، فأدَّاه بعد العِتْقِ: لم يرجِعْ واحدٌ منهما علىٰ صاحبِه بشيءٍ).

وقال زفر رحمه الله: يرجع.

ومعنىٰ الوجهِ الأول: أن لا يكونَ علىٰ العبد دَيْنٌ[1]، حتىٰ تصحَّ كفالتُه بالمال عن المولىٰ إذا كان بأمره.

---

(١) أي مستغرِقٌ.

ولا تجوزُ الكفالةُ بمالِ الكتابة، حُرٌّ تكفَّلَ به أو عبدٌ.

وبدلُ السعاية: كمالِ الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله.

أما كفالتُه عن العبد: فتصحُّ علىٰ كلِّ حالٍ.

له: أنه تحقَّقَ الموجِبُ للرجوع، وهو الكفالةُ بأمره، والمانعُ وهو الرِّقُّ قد زال.

ولنا: أنها وَقَعَتْ غيرَ موجِبةٍ للرجوع؛ لأن المولىٰ لا يستوجِبُ علىٰ عبدِه ديناً.

وكذا العبدُ علىٰ مولاه، فلا تنقلِبُ موجِبةً للرجوع أبداً، كمَن كَفَلَ عن غيره بغير أمره، فأجازه.

قال: (ولا تجوزُ الكفالةُ بمالِ الكتابة، حُرٌّ تكفَّلَ به أو عبدٌ)؛ لأنه دَيْنٌ غيرُ مستقرٍّ؛ لثبوته مع المُنافي، فلا يَظهَرُ في حَقِّ صحة الكفالة.

ولأنه لو عَجَّز نفسَه: سقط، ولا يُمكِنُ إثباتُه علىٰ هذا الوجهِ في ذمةِ الكفيل، وإثباتُه مطلقاً: ينافي معنىٰ الضمِّ؛ لأن مِن شَرْطه الاتحادَ.

قال: (وبدلُ السعاية: كمالِ الكتابة في قولِ أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه كالمكاتَب عنده[1]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي لأن المستسعىٰ كالمكاتب عند أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، وعندهما: كالحر المديون، فتصح الكفالة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، البناية ١١/١٩١.

كتاب الحَوَالة

وهي جائزةٌ بالديون.

وتصحُّ برضا المُحِيْل، والمُحتالِ له، والمُحتالِ عليه.

كتاب الحَوَالة

قال: (وهي جائزةٌ بالديون).

قال عليه الصلاة والسلام: «مَن أُحِيْلَ علىٰ مَلِيءٍ: فليَتْبَع[1]»[2].

ولأنه التزم ما يَقدِرُ علىٰ تسليمِه، فتصحُّ، كالكفالة.

وإنما اختصَّت بالديون: لأنها تُنبِىءُ عن النَّقْل والتحويل، والتحويلُ في الدَّيْن، لا في العين.

قال: (وتصحُّ برضا المُحِيْل، والمُحتالِ له، والمُحتالِ عليه).

أما المُحتالُ له: فلأنَّ الدَّيْنَ حَقُّه، وهو الذي يَنتقِلُ بها[3]، والذِّمَمُ متفاوتةٌ، فلا بدَّ من رضاه.

---

(١) وضُبطت في نُسخ بتشديد التاء: فَلْيُتَّبع، وحرَّر الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٤/٤٦٤ أن الأكثر علىٰ التخفيف.

(٢) مسند أحمد ٢/٤٩٣ وهي رواية صحيحة ولكن بلفظ «مَن أُحِيْل علىٰ مليء فليَحْتَل»، كما في التلخيص الحبير ٣/٤٦، وجاء بلفظ: «إذا أُتْبِعَ أحدُكم علىٰ مليءٍ: فليَتْبع»: في صحيح البخاري (٢٢٨٧)، وصحيح مسلم (١٥٦٤).

(٣) أي بالحوالة.

وإذا تمَّتِ الحوالةُ: بَرِئَ المُحيلُ من الدَّيْن بالقبول.

وأما المُحتالُ عليه: فلأنه يلزمُه الدَّيْنُ، ولا لُزومَ بدون التزامه.

وأما المُحيلُ: فالحوالةُ تصحُّ بدون رضاه، ذَكَرَه[1] في «الزيادات»؛ لأن التزامَ الدينِ من المحتالِ عليه: تصرُّفٌ في حَقِّ نفسِه، وهو لا يتضرَّرُ به، بل فيه نفعُه؛ لأنه لا يرجعُ عليه إذا لم يكن بأمره.

قال: (وإذا تمَّتِ الحوالةُ: بَرِئَ المُحيلُ من الدَّيْن بالقبول).

وقال زفر رحمه الله: لا يبرأ؛ اعتباراً بالكفالة، إذْ كلٌّ واحدٍ منهما عقدُ تَوَثُّقٍ.

ولنا: أن الحوالةَ للنَّقْل، لغةً، ومنه[2]: حوالةُ الغِرَاس[3]، والدَّيْنُ متىٰ انتقل عن الذمة: لا يبقىٰ فيها، أما الكفالةُ: فللضمِّ، والأحكامُ الشرعيةُ علىٰ وِفاقِ المعاني اللغوية.

ومعنىٰ التوثُّق[4] فيه: باختيار الأَمْلأِ[5]، والأحسنِ في القضاء[6].

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٢) ومن معنىٰ النقل.

(٣) الغِراس: أي الشجر، أو فسيل النخل.

(٤) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله، أن الحوالة ليست مبرئةً؛ لأنها للتوثق. البناية ١١/١٩٦.

(٥) أي الأغنىٰ.

(٦) أي في قضاء الدين.

ولا يَرجعُ المحتالُ له علىٰ المُحيل إلا أن يَتْوَىٰ حقُّه.

والتَّوَىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله بأحدِ أمرَيْن: إما أن يَجحدَ الحوالةَ، ويَحلِفَ، ولا بيِّنةَ له عليه، أو يموتَ مفلساً.

وقالا: هذان، ووجهٌ ثالثٌ: وهو أن يَحكُمَ الحاكمُ بإفلاسه حالَ حياته.

وإنما يُجبَرُ[1] علىٰ القبول إذا نَقَدَ المُحيلُ[2]؛ لأنه يَحتمِلُ عَوْدُ المطالبةِ إليه[3] بالتَّوَىٰ، فلم يكن هو مُتبرِّعاً.

قال: (ولا يَرجعُ المحتالُ له علىٰ المُحيل إلا أن يَتْوَىٰ حقُّه).

وقال الشافعي[4] رحمه الله: لا يرجعُ وإن تَوِيَ؛ لأن البراءةَ حصلت مطلقةً، فلا تعودُ إلا بسببٍ جديدٍ.

ولنا: أنها مقيَّدةٌ بسلامة حَقِّه له، إذ هو المقصودُ، أو تُفسَخُ الحوالةُ لفواته؛ لأنه يَحتملُ الفسخ، فصار كوصف السلامةِ في المبيع.

قال: (والتَّوَىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله بأحدِ أمرَيْن: إما أن يَجحدَ الحوالةَ، ويَحلِفَ، ولا بيِّنةَ له عليه، أو يموتَ مفلساً)؛ لأن العجزَ عن الوصولِ يتحقَّقُ بكلٍّ واحدٍ منهما، وهو التَّوَىٰ في الحقيقة.

(وقالا: هذان، ووجهٌ ثالثٌ: وهو أن يَحكُمَ الحاكمُ بإفلاسه حالَ حياته).

---

(١) هذا جوابٌ عن سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: لو انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحتال عليه: لما أُجبر علىٰ القبول إذا نقد المحيلُ. البناية ١١/١٩٧.

(٢) أي بعد الحوالة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٣) أي الدائن.

(٤) مغني المحتاج ٢/١٩٥.

وإذا طالَبَ المحتالُ عليه المُحيلَ بمثل مالِ الحوالة، فقال المحيلُ: أَحَلتُ بدينٍ كان لي عليك: لم يُقبَلْ قولُه إلا بحجةٍ، وكان عليه مثلُ الدين.

وإذا طالَبَ المُحيلُ المحتالَ له بما أحاله به، فقال: إنما أحلتُكَ لتقبِضَه لي، وقال المحتالُ له: لا، بل أحلتَني بدينٍ كان لي عليكَ: فالقولُ قولُ المُحيل.

ومَن أَودع رجلاً ألفَ درهمٍ، وأحال بها عليه آخَرَ: فهو جائزٌ.

فإن هَلَكَتْ: بَرِئَ.

وهذا بناءٌ علىٰ أن الإفلاسَ لا يَتحقَّقُ بحُكْم القاضي عنده، خلافاً لهما، لأن مالَ الله تعالىٰ غادٍ ورائحٌ.

قال: (وإذا طالَبَ المحتالُ عليه المُحيلَ بمثل مالِ الحوالة، فقال المحيلُ: أَحَلتُ بدينٍ كان لي عليكَ: لم يُقبَلْ قولُه إلا بحجةٍ، وكان عليه مثلُ الدين)؛ لأن سببَ الرجوعِ قد تحقَّقَ، وهو قضاءُ دينِه بأمره، إلا أنَّ المحيلَ يدَّعي عليه ديناً، وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المنكِر.

ولا يكونُ قبولُ الحوالةِ إقراراً منه بالدين عليه؛ لأنها قد تكونُ بدونه.

قال: (وإذا طالَبَ المُحيلُ المحتالَ له بما أحاله به، فقال: إنما أحلتُكَ لتقبِضَه لي، وقال المحتالُ له: لا، بل أحلتَني بدينٍ كان لي عليكَ: فالقولُ قولُ المُحيل)؛ لأن المحتالَ له يدعي عليه الدينَ، وهو يُنكِرُ، ولفظةُ: الحوالة: مستعمَلةٌ في الوكالة، فيكونُ القولُ قولَه، مع يمينه.

قال: (ومَن أَودع رجلاً ألفَ درهمٍ، وأحال بها عليه آخَرَ: فهو جائزٌ)؛ لأنه أقدرُ علىٰ القضاء.

(فإن هَلَكَتْ: بَرِئَ)؛ لتقيُّدِها بها، فإنه ما التزم الأداءَ إلا منها.

وتُكره السَّفاتِجُ، وهي: قَرْضٌ استفادَ به المُقرِضُ سقوطَ خَطَرِ الطريق.

بخلاف ما إذا كانت مقيَّدةً بالمغصوب[١]؛ لأن الفَوَاتَ إلىٰ خَلَفٍ[٢]: كَلاَ فَوَاتٍ، وقد تكونُ الحوالةُ مقيَّدةً بالدَّيْن أيضاً.

وحُكْمُ المقيَّدةِ في هذه الجملة: أن لا يَملِكَ المحيلُ مطالبةَ المحتال عليه؛ لأنه تعلَّقَ به حَقُّ المحتال، علىٰ مثالِ الرهن وإن كان[٣] أسوةً للغرماء بعد موت المُحيل.

وهذا لأنه لو بَقِيَتْ له مطالبتُه به، فيأخذُه منه: لبطلت الحوالةُ، وهي حقُّ المحتال له.

بخلاف المُطلَقةِ[٤]: لأنه[٥] لا تعلُّقَ لحَقِّه به، بل بذمته، فلا تبطل الحوالةُ بأخذ ما عليه[٦]، أو ما عنده.

قال: (وتُكره السَّفاتِجُ، وهي[٧]: قَرْضٌ استفادَ به المُقرِضُ سقوطَ خَطَرِ الطريق)، وهذا نوعُ نَفْعٍ استُفيدَ به.

---

(١) يعني لا يبرأ المحتال عليه. حاشية سعدي (مخطوط).

(٢) وهو القيمة.

(٣) أي المحتال.

(٤) أي بلا قيد: بالدين.

(٥) أي لأن الشأن.

(٦) من الدين أو الغصب، أو يأخذ عينه الذي عنده من الوديعة، ويحتمل أن يراد بما عليه من الدين خاصة. البناية ١١/٢٠٢.

(٧) أي السُّفْتَجة، مفرد: السَّفاتج.

. . . .

وقد نهىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن قَرْضٍ جرَّ نفعاً[١]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) رواه مرفوعاً الحارث بن أبي أسامة (ت ٢٨٢ هـ) في مسنده (بغية الحارث) للهيثمي ١/ ٥٠٠ (٤٣٧) بلفظ: «كل قرض جرَّ منفعة فهو رباً»، وذكره عبد الحق في أحكامه، وأعلَّه بسِوار بن مصعب، وأنه متروك، كما في نصب الراية ٤/ ٦٠، والتلخيص الحبير ٣/ ٣٤، وفي فيض القدير ٥/ ٢٨ عن السخاوي: أن إسناده ساقط.

لكن وردت عدة آثار عن الصحابة رضي الله عنهم بمعنىٰ الحديث، ففي المصنَّف لابن أبي شيبة (٢١٠٧٧)، عن عطاء قال: «كانوا يكرهون كل قرض جَرَّ منفعة»، كما في نصب الراية ٤/ ٦٠، وينظر سنن البيهقي ٥/ ٣٤٩.

وقد قال عن الحديث الشيخ محمد حجازي (ت ١٠٣٥هـ) في شرحه (١٢مجلداً) علىٰ الجامع الصغير للسيوطي: «فتح المولىٰ النصير»، قال عنه: حديث حسنٌ لغيره، كما نقل هذا عنه تلميذه العزيزي (علي بن أحمد، ت ١٠٧٠هـ) في شرحه: السراج المنير علىٰ الجامع الصغير للسيوطي ٣/ ٩٣، وينظر إعلاء السنن ١٤/ ٤٩٩.

كتاب أدب القاضي

ولا تصحُّ ولايةُ القاضي حتىٰ تَجتمِعَ في المُولَّىٰ شرائطُ الشهادةِ، ويكونَ من أهلِ الاجتهاد.

كتاب أدب القاضي

قال: (ولا تصحُّ ولايةُ القاضي حتىٰ تَجتمِعَ في المُولَّىٰ شرائطُ الشهادةِ، ويكونَ من أهلِ الاجتهاد).

أما الأولُ[١]: فلأنَّ حُكْمَ القضاء يُستَقَىٰ[٢] من حُكْمِ الشهادة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما من باب الوِلاية، فكلُّ مَن كان أهلاً للشهادة: يكونُ أهلاً للقضاء، وما يُشترَطُ لأهلية الشهادة: يُشترطُ لأهلية القضاء.

والفاسقُ أهلٌ للقضاء، حتىٰ لو قُلِّدَ: يصحُّ، إلا أنه لا ينبغي أن يُقلَّدَ، كما في حُكْمِ الشهادة، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يَقبَلَ شهادتَه، ولو قَبِلَ: جاز عندنا.

ولو كان القاضي عَدْلاً، ففَسَقَ بأخذِ الرِّشْوة، أو غيرِه: لا ينعزِلُ، ويَستَحِقُّ العَزْلَ، وهذا هو ظاهرُ المذهب، وعليه مشايخُنا رحمهم الله.

وقال الشافعي[٣] رحمه الله: الفاسقُ لا يجوزُ قضاؤه، كما لا تُقبل شهادتُه عنده.

---

(١) أي اشتراط شرائط الشهادة.

(٢) وفي نُسخ: يُستفاد. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

(٣) أسنىٰ المطالب ٤/٣٠٧.

. . . .

وعن علمائنا الثلاثة[١] رحمهم الله في «النوادر»: أنه لا يجوزُ قضاؤه.

وقال بعضُ المشايخ رحمهم الله: إذا قُلِّدَ الفاسقُ القضاءَ ابتداءً: يصحُّ.

ولو قُلِّدَ وهو عَدْلٌ: ينعزِلُ بالفسق؛ لأن المقلِّدَ اعتمد عدالتَه، فلم يكن راضياً بتقليده دونَها.

وهل يَصْلُحُ الفاسقُ مفتياً؟ قيل: لا يصلحُ؛ لأنه من أمور الدِّيْن، وخَبَرُه غيرُ مقبولٍ في الدِّيَانات.

وقيل: يصلُحُ؛ لأنه يجتهِدُ كلَّ الجَهدِ[٢] في إصابة الحقِّ؛ حِذَاراً عن نسبته إلىٰ الخطأ.

وأما الثاني[٣]: فالصحيحُ أن أهليةَ الاجتهادِ شَرْطُ الأَوْلويَّة[٤].

فأما تقليدُ الجاهل[٥]: فصحيحٌ عندنا، خلافاً للشافعي[٦] رحمه الله.

هو يقولُ: إن الأمرَ بالقضاء يستدعي القدرةَ عليه، ولا قدرةَ بدون العلم[٧]، فصار كالتحرِّي، فإنه لا يصلي بتحرِّي غيره.

---

(١) وهم الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالىٰ.

(٢) وفي نُسخ: الاجتهاد.

(٣) وهو اشتراط أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد.

(٤) لا شَرْط الجواز.

(٥) أي غير المجتهد.

(٦) الحاوي الكبير ٣٣/١.

(٧) ولا يصير عالماً بعلم غيره.

. . . .

ولنا ما رُوي أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قلَّد علياً رضي الله عنه قضاءَ اليمن حين لم يَبلُغْ حدَّ الاجتهاد[١].

ولأنه مأمورٌ بالحُكم، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾. المائدة/٤٩، والحاكمُ بفتوىٰ غيرِه: ممتثلٌ للأمر.

ولأن المقصودَ إنصافُ المظلومِ، ومَنْعُ الظالم، وقد حصل.

ولأنه يُمكِنُه أن يقضِيَ بفتوىٰ غيرِه، ومقصودُ القضاءِ يحصلُ به، وهو إيصالُ الحَقِّ إلىٰ مُستَحِقِّه.

بخلاف التحرِّي[٢]؛ لأنه لا يعتقدُ الصوابَ في تحرِّي غيرِه، وهذا يعتقدُه في فتوىٰ غيرِه.

وينبغي للمقلِّدِ أن يختارَ مَن هو الأقدرُ والأَوْلىٰ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن قَلَّدَ إنساناً عملاً وفي رَعِيَّتِه مَن هو أَوْلىٰ منه: فقد خانَ اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»[٣].

وفي حَدِّ الاجتهادِ كلامٌ عُرِفَ في أصولِ الفقه، وحاصلُه: أن يكونَ

---

(١) سنن أبي داود (٣٥٨٢)، سنن ابن ماجه (٢٣١٠)، وصححه ابن حبان (٥٠٦٥)، وينظر نصب الراية ٤/٦٠.

(٢) هذا جوابٌ عن دليل الشافعي رحمه الله.

(٣) المستدرك للحاكم (٧٠٢٣)، المعجم الكبير للطبراني (١١٢١٦)، ورواه مسدَّد بإسنادٍ حسن، كما في المطالب العالية (٢١٠٣)، وتعليق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي نقلاً عن البوصيري. اهـ. وينظر نصب الراية ٤/٦٢.

. . . .

صاحبَ حديثٍ، له معرفةٌ بالفقه؛ ليعرفَ معانيَ الآثار، أو صاحبَ فقهٍ، له معرفةٌ بالحديث؛ لئلا يشتغلَ بالقياس في المنصوص عليه.

وقيل: يُشترطُ مع ذلك أن يكونَ صاحبَ قريحةٍ، يَعرِفُ بها عادات الناسِ؛ لأن من الأحكام ما يُبتَنَىٰ عليها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

ولا بأس بالدخولِ في القضاءِ لمَن يَثِقُ بنفسه أنه يؤدِّي فرضَه.

ويُكره الدخولُ فيه لمَن يَخافُ العَجْزَ عنه، ولا يأمَنُ علىٰ نفسِه الحَيْفَ فيه.

فصلٌ

قال[1]: (ولا بأس بالدخولِ في القضاء لمَن يَثِقُ بنفسه أنه يؤدِّي فرضَه)؛ لأن الصحابةَ رضي الله عنهم تقلَّدوه[2]، وكفىٰ بهم قُدوةً.

ولأنه فَرْضُ كفايةٍ؛ لكونه أمراً بالمعروف.

قال: (ويُكره الدخولُ فيه لمَن يَخافُ العَجْزَ عنه، ولا يأمَنُ علىٰ نفسِه الحَيْفَ فيه)؛ كي لا يصيرَ شَرْطاً[3]؛ لمباشرته القَبِيْحَ.

وكَرِهَ بعضُهم الدخولَ فيه مختاراً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن جُعِلَ علىٰ القضاء: فكأنما ذُبِحَ بغير سِكِّين[4]»[5].

---

(١) في نسخة ١٠٣٨هـ بدأت هذه المقولة بعنوان: فصلٌ، ولذا عنونتُ به.

(٢) ينظر لهذه الآثار: الدراية ٢/١٦٦.

(٣) أي كي لا يصير الدخول في القضاء وسيلةً لمباشرته القبيحَ، وهو الحيف في القضاء. البناية ١١/٢١٦.

(٤) وجه الشَّبَه: أن السكِّينَ يؤثِّر في الظاهر والباطن جميعاً، والذبحَ بغير سكين كالخنق والغمِّ يؤثِّر في الباطن، دونَ الظاهر، فكذا القضاء، فإن ظاهرَه: جاهٌ (وفي نُسخ: حياةٌ)، وباطنَه: هلاكٌ. ينظر البناية ١١/٢١٦، نقلاً عن الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي للخصاف ١/١٤٦ (ط العراق).

(٥) سنن أبي داود (٣٥٧٢)، سنن ابن ماجه (٢٣٠٨)، سنن الترمذي (١٣٢٥)، =

. . . .

وقد[١] جاء في التحرُّزِ عنه آثارٌ[٢].

وقد اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله، وصَبَرَ علىٰ الضرب[٣].

واجتنبه كثيرٌ من السَّلَف، وقُيِّد محمدٌ نيِّفاً وثلاثين يوماً[٤]، أو نيِّفاً وأربعين يوماً حتىٰ تقلَّدَه.

والصحيحُ أنَّ الدخولَ فيه رخصةٌ؛ طَمَعاً في إقامة العدل.

قال عليه الصلاة والسلام: «عَدْلُ ساعةٍ: خيرٌ من عبادة سَنَةٍ»[٥].

والتركُ عزيمةٌ، فلعله يُخطِئُ ظَنُّه، فلا يُوفَّقُ له، أوْ لا يُعِينُه عليه غيرُه،

وقال: حسن غريب من هذا الوجه، السنن الكبرىٰ للنسائي (٥٨٩٤)، مسند أحمد (٧١٤٥)، وينظر نصب الراية ٤/٦٤، التلخيص الحبير ٤/١٨٤.

(١) من هنا من قوله: وقد جاء... إلىٰ قوله: والصحيح أن...: زيادةٌ مثبتةٌ في نسخة ٧٣٨هـ، وكُتب عليها: زيادة، كما أُثبتت بين هلالين في البناية ١١/٢١٧ علىٰ أنها من الهداية، وكتب العيني: هذه الزيادة ليست بموجودة في بعض النسخ، وروايتها موجودةٌ في نسخة شيخه علاء الدين ابن التركماني.

(٢) وسيأتي منها قريباً جداً قولُه صلىٰ الله عليه وسلم: مَن طلب القضاء...، وينظر البناية ١١/٢١٧.

(٣) ضربه الخليفة أبو جعفر المنصور رحمه الله، ثاني الخلفاء العباسيين.

(٤) وذلك بأمر الخليفة العباسي هارون الرشيد رحمه الله.

(٥) قال في نصب الراية ٤/٦٧: غريبٌ بهذا اللفظ، وفي الترغيب والترهيب للأصفهاني (٢١٧٨) بسند ضعيف بلفظ: عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة، وينظر إتحاف الخيرة المهرة (٤١٩٨)، حيث عزاه للأصبهاني، وضعَّفه.

وينبغي أن لا يَطلبَ الوِلايةَ، ولا يَسألَها.

ولا بدَّ من الإعانة، إلا إذا كان هو الأهلَ للقضاء، دونَ غيره: فحينئذٍ يُفترَضُ عليه التقلُّدُ؛ صيانةً لحقوق العباد، وإخلاءً للعالَم عن الفساد.

قال: (وينبغي أن لا يَطلبَ الوِلايةَ، ولا يَسألَها).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن طَلَبَ القضاءَ: وُكِلَ إلىٰ نفسه، ومَن أُجبِرَ عليه: نَزَلَ عليه مَلَكٌ يسدِّدُه»[1].

ولأن مَنْ طَلَبَه يَعتمدُ علىٰ نفسه: فيُحْرَمُ، ومَن أُجبِرَ عليه: يَتوكَّلُ علىٰ ربِّه، فيُلْهَمُ عليه؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ﴾. الطلاق/٣.

ثم يجوزُ التقلُّدُ من السلطانِ الجائر، كما يجوزُ من العادل؛ لأن الصحابةَ رضي الله عنهم تقلَّدوه من معاويةَ رضي الله عنه، والحَقُّ كان بيد عليٍّ رضي الله عنه في نَوْبتِه[2].

والتابعينَ رحمهم الله تقلَّدوه من الحَجَّاج[3]، وهو كان جائراً.

إلا إذا كان لا يُمكِّنُه من القضاءِ بحَقٍّ؛ لأن المقصودَ لا يحصلُ بالتقلُّد، بخلاف ما إذا كان يُمكِّنُه.

---

(١) سنن أبي داود (٣٥٧٣)، سنن الترمذي (١٣٢٣)، وقال: حسن غريب.

(٢) أي في خلافته، وقيَّد بقوله: في نوبته؛ احترازاً عن مذهب الروافض، فإنهم يقولون الحق مع علي رضي الله عنه في جميع نُوَب الخلفاء. البناية ١١/٢٢٢.

(٣) ابن يوسف الثقفي، قلَّده عبد الملك بن مروان أَمْرَ عَسكرِه لقتال عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما في الحجاز، توفي سنة ٩٥هـ. الأعلام ٢/١٦٨.

ومَن قُلِّدَ القضاءَ: يسألُ ديوانَ القاضي الذي كان قبلَه.

قال: (ومَن قُلِّدَ القضاءَ: يسألُ ديوانَ[1] القاضي الذي كان قبلَه)، وهو الخرائطُ التي فيها السجلاَّتُ وغيرُها؛ لأنها وُضِعتْ فيها لتكونَ حُجَّةً عند الحاجة، فتُجعلُ في يدِ مَن له ولايةُ القضاء.

ثم إن كان البياضُ[2] من بيت المال: فظاهرٌ.

وكذا إذا كان من مال الخصوم، في الصحيح؛ لأنهم وَضَعُوها في يد المعزول[3] لعَمَلِه، وقد انتقل إلىٰ المُوَلَّىٰ.

وكذا إذا كان من مالِ القاضي[4]، هو الصحيحُ؛ لأنه اتخذه تديُّناً[5]، لا تموُّلاً.

ويَبعثُ أَمِينَيْن ليَقْبِضاها[6] بحضرة المعزولِ أو أمينِه.

ويسألانه شيئاً فشيئاً، ويجعلان كلَّ نوعٍ منها في خريطةٍ؛ كي لا يَشتبه علىٰ المُوَلَّىٰ.

وهذا السؤالُ[7] لكشف الحال، لا للإلزام.

---

(١) وفي بداية المبتدي ص٤٦٨: سُلِّم إليه ديوان، وكذلك في مطبوع الهداية.

(٢) أي الذي كُتب عليه السجلات ونحوها إن كان من بيت المال: فيُجبر القاضي المعزول علىٰ دفعه؛ لأن ذلك إنما كان في يده لعمله، وقد صار العمل لغيره.

(٣) وفي نُسخ: في يده.

(٤) أي المعزول.

(٥) أي وُضع عنده بطريق الديانة والأمانة، ولم يوضع عنده ليتمول به.

(٦) أي الخرائط.

(٧) أي سؤال أحوال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس.

وَيَنظرُ في حال المَحْبوسِيْن : فمَن اعترَفَ منهم بحَقٍّ : ألزمه إياهُ، ومَن أنكر : لم يَقبَلْ قولَ المعزولِ عليه إلا ببينةٍ.

فإن لم يُقِمْ بينةً : لم يَعْجَلْ بتخليته حتىٰ يُنادِيَ عليه، ويَنظرَ في أمرِه.

قال: (ويَنظرُ في حال المَحْبوسِيْن)؛ لأنه نُصِبَ ناظراً.

(فمَن اعترَفَ منهم بحَقٍّ: ألزمه إياهُ)؛ لأن الإقرارَ مُلزِمٌ.

(ومَن أنكر: لم يَقبَلْ قولَ المعزولِ عليه[1] إلا ببينةٍ)؛ لأنه بالعزل التحقَ بواحدٍ من الرَّعايا، وشهادةُ الفردِ ليست بحُجَّةٍ مقبولةٍ[2]، لا سيَّما إذا كانت علىٰ فعلِ نفسِه.

قال: (فإن لم يُقِمْ بينةً: لم يَعْجَلْ بتخليته حتىٰ يُنادِيَ عليه، ويَنظرَ في أمرِه)؛ لأن فِعْلَ القاضي المعزولِ حَقٌّ ظاهراً، فلا يَعْجَلْ؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ إبطالِ حَقِّ الغير.

وصفةُ النِّداءِ[3]: أن يناديَ أياماً: مَن كان طالَبَ فلانَ بنَ فلانٍ المحبوسَ بحقِّه:

فإذا حَضَرَ خصمٌ، وادعىٰ عليه وهو علىٰ جُحُوده: طَلَبَ بيِّنَةَ المدعي، وابتداءَ الحكمِ فيهم، ولا يَقبَلُ قولَ المعزول في ذلك؛ لِمَا بيَّنَّا.

وإن لم يَحضُرْ خصمٌ: أَخَذَ منه كفيلاً بنفسه، فلعله محبوسٌ بحقٍّ غائبٍ، وقد قامتِ الأمارةُ عليه، وهو حَبْسُ القاضي المعزول.

---

(١) أي المنكرِ من المحبوسين.

(٢) وفي نُسخ: ليست بمقبولة.

(٣) من هنا: وصفة النداء، إلىٰ قوله: قال: وينظر في الودائع: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ.

وَيَنظرُ في الودائع، وارتفاعِ الوقوف، فيَعمَلُ به فيه علىٰ ما تقومُ به البينةُ، أو يَعترِفُ به مَن هو في يده.

ولا يَقبلُ قولَ المعزول، إلا أنْ يَعترِفَ الذي هي في يدِه أن المعزولَ سلَّمها إليه، فيَقبلُ قولَه فيها.

بخلاف فَصْل الميراث، علىٰ أصلِ أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا استوثَقَ منه بكفيلٍ: خلَّىٰ سبيلَه.

وقيل: فَصْلُ الكفيل ها هنا: علىٰ الاختلاف.

قال: (وَيَنظرُ في الودائع، وارتفاعِ الوقوف[1]، فيَعمَلُ به فيه علىٰ ما تقومُ به البينةُ، أو يَعترِفُ به مَن هو في يده)؛ لأن كلَّ ذلك حُجَّةٌ.

قال: (ولا يَقبلُ قولَ المعزول)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(إلا أنْ يَعترِفَ الذي هي[2] في يدِه أن المعزولَ سلَّمها إليه، فيَقبلُ قولَه فيها)؛ لأنه ثبت بإقراره أن اليدَ كانت للقاضي، فيصحُّ إقرارُ القاضي، كأنه في يده في الحال.

إلا إذا بدأ المقرُّ بالإقرار لغيره، ثم أقرَّ بتسليم القاضي إليه، والقاضي يقولُ: هو لغيره[3]: فيُسلِّمُ ما في يده إلىٰ المُقَرِّ له الأولِ؛ لسَبْق حَقِّه.

---

(١) أي غلة الأوقاف.

(٢) وفي نُسخ: هو.

(٣) أي لغير مَن أقرَّ.

ويَجلسُ للحُكم جلوساً ظاهراً في المسجد.

ويضمنُ قيمتَه للقاضي بإقراره الثاني، فيُسلِّمُ إلىٰ المقَرِّ له الثاني[١] من جهة القاضي.

قال: (ويَجلسُ للحُكم جلوساً ظاهراً في المسجد)؛ كي لا يَشتبه مكانُه علىٰ الغُرَباء، وبعضِ المقيمين.

والمسجدُ الجامع أَوْلىٰ؛ لأنه أشهر.

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: يُكره الجلوسُ في المسجد للقضاء؛ لأنه يَحضُرُه المشرِكُ، وهو نَجِسٌ بالنص[٣]، والحائضُ، وهي ممنوعةٌ عن دخوله.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «إنما بُنِيَتِ المساجدُ لذِكْر الله تعالىٰ، والحُكْمِ»[٤].

وكان رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يَفصِلُ الخصومةَ في مُعتكَفِه[٥].

---

(١) وهو الذي أقرَّ المعزولُ بأنها له. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٢) الحاوي الكبير ١٦/ ٣٠.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾. التوبة/٢٨.

(٤) قال في الدراية ٢/ ١٦٨: لم أجده هكذا، وإنما عند مسلم (٢٨٥): «وإنما هي لذكر الله، والصلاة، وقراءة القرآن».

(٥) ذكر المخرجون عدة أحاديث تفيد ذلك، منها ما في صحيح البخاري (٤٢٣)، ومسلم (١٤٩٢)، ينظر الدراية ٢/ ١٦٨، التعريف والإخبار ٣/ ٣٥٢.

. . . .

وكذا الخلفاءُ الراشدون رضي الله عنهم أجمعين كانوا يجلسون في المساجد لفَصْل الخصومات[١].

ولأنَّ القضاءَ عبادةٌ، فتجوزُ إقامتُها في المسجد، كالصلاة.

ونجاسةُ المشركِ في اعتقادِه، لا في ظاهرِه، فلا يُمنَعُ من دخوله.

والحائضُ تُخبِرُ بحالها، فيَخرُجُ القاضي إليها، أو إلى باب المسجد، أو يَبعثُ مَن يَفصِلِ بينها وبين خَصْمِها، كما لو كانت الخصومةُ في دابةٍ.

ولو جلس في داره: فلا بأسَ به، ويأذَنُ للناس بالدخول فيها.

ويجلسُ معه[٢] مَن كان يُجالِسُه قبلَ ذلك[٣]؛ لأن في جلوسِه وحدَه تُهمةً[٤].

وإذا جَلَسَ[٥] للقضاء يَبتدئُ بسماع خصومةِ مَن سَبَقَ، علىٰ اختيار المتقدِّمين، ويُقرِعُ بينهم، علىٰ اختيار الخصَّاف رحمه الله، وبيَّن في كتابه[٦].

وله أنْ يُقدِّم أربابَ الشهود؛ إكراماً للشهود.

---

(١) ينظر لهذه الآثار الدراية ٢/١٦٨، التعريف والإخبار ٣/٣٥٢.

(٢) إذا جلس في داره.

(٣) أي قبل تقلد القضاء. اهـ كما في حاشية النسخة السلطانية ٧٩٧هـ، وفي حاشية سعدي علىٰ الهداية وغيرها: قبل ذلك: كما لو جلس في المسجد. اهـ

(٤) أي تهمة الظلم والرشوة.

(٥) من هنا إلىٰ قوله: قال: ولا يَقبل هديةً: مثبتٌ في نُسخة ٧٣٨هـ، وبيَّن الناسخ أن هذه الزيادة مثبتةٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

(٦) أي بيَّن بالتفصيل في كتابه أدب القاضي ١/٢٥٣، مع شرحه للصدر الشهيد.

ولا يَقبلُ هديةً إلا مِن ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، أو ممن جَرَتْ عادتُه قبلَ القضاءِ بمُهاداته.

ولا يَحضُرُ دعوةً إلا أن تكونَ عامةً.

وله أن يُقدِّم أربابَ الأَيْمان؛ لأنَّ فَصْلَ الخصومةِ باليمين أيسرُ.

وله أن يُقدِّم الغُرَباءَ إذا لم يكن فيهم كَثْرةٌ؛ لأن قَلْبَ الغريبِ في رَحْله وأهلِه، فيَمَلُّ، ويَتركُ حقَّه.

قال: (ولا يَقبلُ هديةً إلا مِن ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، أو ممن جَرَتْ عادتُه قبلَ القضاءِ بمُهاداته)؛ لأن الأولَ: صلةُ الرَّحِم، والثاني: ليس للقضاء، بل جَرْيٌ[1] علىٰ العادة، وفيما وراءَ ذلك: يصيرُ آكِلاً بقضائه، حتىٰ لو كانت للقريبِ خصومةٌ: لا يَقبلُ هديتَه.

وكذا إذا زاد المُهدِي علىٰ المعتاد، أو كانت له خصومةٌ؛ لأنه لأجلِ القضاء، فيَتَحاماه.

قال: (ولا يَحضُرُ دعوةً إلا أن تكونَ عامةً)؛ لأن الخاصةَ لأجل القضاء، فيُتَّهم بالإجابة، بخلاف العامة.

ويدخلُ في هذا الجوابِ[2]: قريبُه، وهو قولُهما.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يُجيبُه وإن كانت خاصةً؛ كالهدية.

والخاصةُ: ما لو عَلِمَ المُضِيفُ أن القاضيَ لا يحضرُها: لا يتَّخذُها.

---

(١) وفي نُسخ: جرياً. قلت: بحسب الإعراب.

(٢) وفي نُسخ: هذا الإطلاق.

وَيَشهدُ الجَنازةَ، ويعودُ المريضَ.

ولا يُضَيِّفُ أحدَ الخصمَيْن دونَ خَصْمِه.

وإذا حَضَرَا: سوَّىٰ بينهما في الجلوس، والإقبالِ.

ولا يُسارُّ أحدَهما، ولا يُشيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُه حُجَّةً.

قال: (ويَشهدُ الجَنازةَ، ويعودُ المريض)؛ لأن ذلك من حقوقِ المسلمِ علىٰ المسلم.

قال عليه الصلاة والسلام: «للمسلم علىٰ المسلمِ ستةُ حقوقٍ»[1]، وعَدَّ منها هذَيْن، ولا تهمةَ في ذلك.

قال: (ولا يُضَيِّفُ أحدَ الخصمَيْن دونَ خَصْمِه)؛ لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن ذلك[2]، ولأن فيه تُهمةً.

قال: (وإذا حَضَرَا: سوَّىٰ بينهما في الجلوس، والإقبالِ).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتُلِيَ أحدُكم بالقضاء: فلْيُسَوِّ بينهم في المجلس، والإشارةِ، والنَّظَر»[3].

قال: (ولا يُسارُّ أحدَهما، ولا يُشيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُه حُجَّةً)؛ للتُهمة.

ولأن فيه مكْسَرةً لقلب الآخَر، فيترُكُ حَقَّه.

---

(١) صحيح مسلم (٢١٦٢).

(٢) المعجم الأوسط (٣٩٢٢)، وفي سنده: القاسم بن غصن، كما في التعريف والإخبار ٣/٣٥٥، سنن البيهقي (٢٠٤٧٠)، الدراية ٢/١٦٩.

(٣) مسند إسحاق بن راهويه (١٨٤٦)، المعجم الكبير للطبراني (٩٢٣)، وفي سند كل منهما كلامٌ. التعريف والإخبار ٣/٣٥٣.

ويُكره تلقينُ الشاهد.

ولا يَضحَكُ في وَجْهِ أحدِهما؛ لأنه يَجترئُ علىٰ خصمه.

ولا يمازُحُهم، ولا واحداً منهم؛ لأنه يَذهبُ بمَهابَة القضاء.

قال: (ويُكره تلقينُ الشاهد)، ومعناه: أن يقولَ له: أتشهدُ بكذا وكذا، وهذا لأنه إعانةٌ لأحد الخصمَيْن، فيكره، كتلقين الخصم.

واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غيرِ موضع التهمة؛ لأن الشاهدَ قد يُحصَرُ؛ لمَهابةِ مجلسِ القضاء، فكان تلقينُه إحياءً للحقِّ، بمنزلة الإشخاص[1]، والتكفيل، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وهو إرسال شخصٍ ليُحضِر خصمَه، والتكفيلُ: هو أَخْذُ الكفيلِ لأحد الخصمين؛ لأنه لم يكنْ ذلك من جنس إعانةِ أحد الخصمين. البناية ٢٣٩/١١.

فصلٌ في الحَبْس

وإذا ثَبَتَ الحَقُّ عند القاضي، وطَلَبَ صاحبُ الحَقِّ حَبْسَ غريمِه: لم يَعْجَلْ بحَبْسه، وأَمَرَه بدفع ما عليه.

فإن امتنع: حَبَسَه في كلِّ دَيْنٍ لَزِمَه بدلاً عن مالٍ حَصَلَ في يده، كثمن المَبيع، وبَدَلِ القرض، أو التزمه بعقدٍ، كالمهر والكفالة.

فصلٌ في الحَبْس

قال: (وإذا ثَبَتَ الحَقُّ عند القاضي، وطَلَبَ صاحبُ الحَقِّ حَبْسَ غريمِه: لم يَعْجَلْ بحَبْسه، وأَمَرَه بدفع ما عليه)؛ لأن الحَبسَ جزاءُ المماطلة، فلا بدَّ من ظهورها.

وهذا إذا ثبت الحقُّ بإقراره؛ لأنه لم يُعرَفْ كونُه مماطِلاً في أول الوَهْلة، فلعله طَمِعَ في الإمهال، فلم يَستصحِبِ المالَ.

فإذا امتنع بعد ذلك: حَبَسَه؛ لظهور مَطْلِه.

أما إذا ثبت بالبينة: حَبَسَه كما ثبت؛ لظهور المَطْل بإنكاره.

قال: (فإن امتنع: حَبَسَه في كلِّ دَيْنٍ لَزِمَه بدلاً عن مالٍ حَصَلَ في يده، كثمن المَبيع، وبَدَلِ القرض، أو التزمه بعقدٍ، كالمهر والكفالة)؛ لأنه إذا حَصَلَ المالُ في يده: ثَبَتَ غِنَاه به، وإقدامُه على التزامِه باختيارِه: دليلُ يسارِه، إذ هو لا يلتزمُ إلا ما يَقدِرُ علىٰ أدائه.

والمرادُ بالمهر: مُعَجَّلُه، دون مؤجَّلِه.

ولا يَحبِسُه فيما سوىٰ ذلك إذا قال : إني فقيرٌ، إلا أن يُثبِتَ غَرِيمُه أنَّ له مالاً، فيَحبِسُه.

قال: (ولا يَحبِسُه فيما سوىٰ ذلك إذا قال: إني فقيرٌ، إلا أن يُثبِتَ غَرِيمُه أنَّ له مالاً، فيَحبِسُه)؛ لأنه لم توجَدْ دلالةُ اليسار، فيكونُ القولُ قولَ مَن عليه الدَّيْنُ، وعلىٰ المدعي إثباتُ غِنَاه.

ويُروىٰ أن القولَ لمَن عليه الدَّيْنُ في جميع ذلك؛ لأن الأصلَ هو العُسرةُ، واليسارُ عارِضٌ.

ويُروىٰ أن القولَ له، إلا فيما بَدَلُه مالٌ.

وفي النفقةِ: القولُ قولُ الزوجِ إنه معسرٌ.

وفي إعتاقِ العبدِ المشترَكِ: القولُ للمعتِق.

والمسألتان[1] تؤيِّدان القولَيْن الآخِرَيْن[2].

والتخريجُ[3] علىٰ ما قال في «الكتاب[4]»: أنه ليس بدَيْنٍ مطلَقٍ، بل هو صلةٌ، حتىٰ تسقطُ النفقةُ بالموت، علىٰ الاتفاق.

وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمانُ الإعتاق.

---

(١) أي مسألة النفقة، ومسألة إعتاق العبد المشترك.

(٢) وفي نُسخ: الأخيرين، وأراد بالقولين الأخيرين: قوله: ويُروىٰ أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك، ويُروىٰ أن القول له إلا فيما بدلُه مالٌ. البناية ١١/٢٤٤.

(٣) أي تخريج مسألة الإنفاق والإعتاق.

(٤) أي مختصر القدوري.

شهرين أو ثلاثةً، ثم يسألُ عنه، فإن لم يَظهرْ له مالٌ: خلَّىٰ سبيلَه.

ولا يَحُوْلُ بينَه وبين غرمائه.

ثم فيما كان القولُ قولَ المدعي إن له مالاً، أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القولُ قولَ مَن عليه الدينُ: يَحبسُه (شهرين أو ثلاثةً، ثم يسألُ عنه).

فالحبسُ: لظهور ظُلمِه[1] في الحال.

وإنما يَحبسُه مدةً ليُظهِرَ مالَه لو كان يُخفِيه، فلا بدَّ من أن تمتدَّ المدةُ؛ ليُفيدَ هذه الفائدةَ، فقدَّره بما ذَكَرَه.

ويُروىٰ غيرُ ذلك من التقدير: بشهرٍ، أو أربعةٍ، إلىٰ ستةِ أشهر.

والصحيحُ أنَّ التقديرَ مُفوَّضٌ إلىٰ رأي القاضي؛ لاختلافِ أحوالِ الأشخاص فيه.

قال: (فإن لم يَظهرْ له مالٌ: خلَّىٰ سبيلَه)، يعني بعد مُضِيِّ هذه المدة؛ لأنه استحَقَّ النَّظِرَةَ إلىٰ المَيْسرة، فيكون حَبْسُه بعد ذلك ظلماً.

ولو قامتِ البينةُ علىٰ إفلاسِه قبلَ مضيِّ مدةِ الحبس: تُقبلُ في روايةٍ، ولا تُقبلُ في رواية، وعلىٰ الثانية عامةُ المشايخ رحمهم الله.

قال في «الكتاب[2]»: خلَّىٰ سبيلَه، (ولا يَحُوْلُ بينَه وبين غرمائه).

وهذا كلامٌ في الملازمة، وسنذكره في كتابِ الحَجْر إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) أي بالمَطْل.

(٢) أي مختصر القدوري.

وفي «الجامع الصغير» : رجلٌ أقرَّ عند القاضي بدَيْنٍ، فإنه يَحبسُه، ثم يسألُ عنه، فإن كان موسراً : أَبَّدَ حَبْسَه، وإن كان معسراً : خلَّىٰ سبيلَه.

ويُحبَسُ الرجلُ في نفقة زوجتِه.

ولا يُحبَسُ والدٌ في دَيْن ولدِه، إلا إذا امتنعَ من الإنفاق عليه.

قال: (وفي «الجامع الصغير[1]»: رجلٌ أقرَّ عند القاضي بدَيْنٍ، فإنه يَحبسُه، ثم يسألُ عنه، فإن كان موسراً: أَبَّدَ حَبْسَه، وإن كان معسراً: خلَّىٰ سبيلَه).

ومرادُه: إذا أقرَّ عند غيرِ القاضي، أو عنده مرةً، وظَهَرَتْ مماطلتُه.

والحبسُ أوَّلاً[2]، ومدَّتُه، قد بيَّنَّاه، فلا نعيدُه.

قال: (ويُحبَسُ الرجلُ في نفقة زوجتِه)؛ لأنه ظالمٌ بالامتناع.

قال: (ولا يُحبَسُ والدٌ في دَيْن ولدِه)؛ لأنه نوعُ عقوبةٍ، فلا يَستحقُّه الولدُ علىٰ والده، كالحدود والقصاص.

قال: (إلا إذا امتنعَ من الإنفاق عليه)؛ لأن فيه إحياءَ ولدِه.

ولأنه[3] لا يُتدارَكُ؛ لسقوطها[4] بمُضِيِّ الزمان، والله أعلم الصواب.

* * * * *

---

(١) ص٢٠١.

(٢) أي والحبسُ المذكور أوَّلاً قد بيَّنَّا ذلك، وبيَّنَّا مدةَ الحبس أيضاً، مع الاختلاف المذكور فيها، فلا نُعيد ذلك. ونقل العيني في البناية ١١/٢٤٧ عن تاج الشريعة أنه روي ضبط هذه الجملة بالنصب هكذا: والحبسَ أولاً ومدتَه. اهـ. قلتُ: ولهذا جاء في بعض النسخ ضبط الضم والفتح، وكُتب عليها: معاً.

(٣) أي الإنفاق.

(٤) أي النفقة.

باب

كتاب القاضي إلىٰ القاضي

ويُقبَلُ كتابُ القاضي إلىٰ القاضي في الحقوق، إذا شُهِدَ به عندَه.

فإن شَهِدوا علىٰ خصمٍ حاضرٍ : حَكَمَ بالشهادة، وكَتَبَ بحُكْمِه.

وإن شَهِدُوا به بغير حَضْرَةِ الخصم : لم يَحكُم، وكَتَبَ بالشهادة؛ ليَحْكُمَ المكتوبُ إليه بها.

باب

كتاب القاضي إلىٰ القاضي

قال: (ويُقبَلُ كتابُ القاضي إلىٰ القاضي في الحقوق، إذا شُهِدَ به عندَه)؛ للحاجة، علىٰ ما نُبيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (فإن شَهِدوا علىٰ خصمٍ حاضرٍ: حكَمَ بالشهادة[1])؛ لوجود الحُجَّة، (وكَتَبَ بحُكْمِه)، وهو المدعوُّ: سِجِلاًّ.

قال: (وإن شَهِدُوا به بغير حَضْرَةِ الخصم[2]: لم يَحكُم)؛ لأن القضاءَ علىٰ الغائبِ لا يجوز.

(وكَتَبَ بالشهادة؛ ليَحْكُمَ المكتوبُ إليه بها).

---

(١) وفي نُسخ: بشهادتهم.

(٢) وفي نُسخ: بغيبة خصمه.

. . . .

وهذا هو الكتابُ الحُكْميُّ، وهو نَقْلُ الشهادةِ في الحقيقة، ويَختصُّ بشرائطَ نذكرُها إن شاء الله تعالىٰ.

وجوازُه: لمِسَاس الحاجة؛ لأن المدَّعيَ قد يتعذَّرُ عليه الجمعُ بين شهودِه وخَصْمِه، فأشبَهَ الشهادةَ علىٰ الشهادة.

وقولُه: في الحقوق: يَندرجُ تحتَه: الدَّيْنُ، والنكاحُ، والنَّسَبُ، والمغصوبُ، والأمانةُ المَجحودةُ، والمضاربةُ المَجحودةُ؛ لأن كلَّ ذلك بمنزلة الدَّيْن، وهو يُعرَفُ بالوصف، لا يُحتاجُ فيه إلى الإشارة.

ويُقبَلُ[1] في العقار أيضاً؛ لأن التعريفَ فيه: بالتحديد.

ولا يُقبَلُ في الأعيان المنقولة؛ للحاجة إلىٰ الإشارة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُقبَلُ في العبد، دون الأمة؛ لغلبة الإباق فيه، دونَها.

وعنه رحمه الله: أنه يُقبَلُ فيهما بشرائطَ تُعرَفُ في موضِعِه[2].

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه[3] يُقبَلُ في جميع ما يُنقَلُ ويُحَوَّلُ، وعليه المتأخرون رحمهم الله تعالىٰ[4].

---

(١) أي كتاب القاضي.

(٢) أي في الكتب المبسوطة. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) أي أن كتاب القاضي إلىٰ القاضي يُقبل. البناية ٢٥٤/١١.

(٤) قال الإسبيجابي: وعليه الفتوىٰ. كاكي. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

ولا يُقبَلُ الكتابُ إلا بشهادةِ رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن.

ويجبُ أنْ يقرأَ الكتابَ عليهم؛ ليَعْرِفوا ما فيه، أو يُعْلِمَهم به، ثم يَختِمَه بحَضْرتهم، ويُسلِّمَه إليهم.

قال: (ولا يُقبَلُ الكتابُ إلا بشهادةِ رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن)؛ لأن الكتابَ يُشبِهُ الكتابَ، فلا يَثبُتُ إلا بحُجَّةٍ تامَّةٍ، وهذا لأنه مُلزِمٌ، فلا بدَّ من الحجة.

بخلاف كتابِ الاستئمانِ من أهل الحرب؛ لأنه ليس بمُلْزِمٍ.

وبخلاف رسولِ القاضي إلىٰ المُزكِّي، ورسولِه إلىٰ القاضي؛ لأن الإلزامَ بالشهادة، لا بالتزكية.

قال: (ويجبُ أنْ يقرأَ الكتابَ عليهم؛ ليَعْرِفوا ما فيه، أو يُعْلِمَهم به)؛ لأنه لا شهادةَ بدون العلم.

(ثم يَختِمَه بحَضْرتهم، ويُسلِّمَه إليهم)؛ كي لا يُتَوَهَّمَ التغييرُ.

وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، لأنَّ عِلْمَ ما في الكتاب والخَتْمَ بحَضْرتهم شَرْطٌ.

وكذا حِفْظُ ما في الكتاب عندهما، ولهذا يُدْفَعُ إليهم كتابٌ آخَرُ غيرُ مختومٍ؛ ليكونَ معهم؛ معاوَنةً علىٰ حفظهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخِراً: شيءٌ من ذلك ليس بشَرْطٍ، والشَّرْطُ أن يُشهِدَهم أن هذا كتابُه، وخَتْمُه[1].

---

(١) وفي نُسخ: خاتمه.

فإذا وَصَلَ إلىٰ القاضي : لم يَقْبَلْه إلا بحضرة الخصم .

فإذا سلَّمه الشهودُ إليه : نَظَرَ إلى خَتْمِه ، فإذا شهدوا أنه كتابُ فلانٍ القاضي ، سلَّمه إلينا في مجلسِ حُكْمه ، وقَرَأَه علينا ، وخَتَمَه : فَتَحَه القاضي ، وقَرَأَه علىٰ الخصم ، وأَلْزَمَه بما فيه .

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الختمَ ليس بشرطٍ أيضاً، فسهَّلَ في ذلك لَمَّا ابْتُلِيَ بالقضاء، و«ليس الخَبَرُ كالمُعَايَنة»[1].

واختار شمسُ الأئمة السَّرَخْسيُّ رحمه الله قولَ أبي يوسف رحمه الله.

قال: (فإذا وَصَلَ إلىٰ القاضي: لم يَقْبَلْه إلا بحضرة الخصم)؛ لأنه بمنزلة أداءِ الشهادة، فلا بدَّ من حضوره.

بخلاف سماعِ القاضي الكاتبِ؛ لأنه للنَّقْل، لا للحُكم.

قال: (فإذا سلَّمه الشهودُ إليه: نَظَرَ إلى خَتْمِه، فإذا شهدوا أنه كتابُ فلانٍ القاضي، سلَّمه إلينا في مجلسِ حُكْمه، وقرأه علينا، وخَتَمَه: فَتَحَه القاضي، وقَرَأَه علىٰ الخصم، وأَلْزَمَه بما فيه).

---

(١) سيأتي ذِكر هذا الحديث أيضاً في الشهادات، في الشهادة علىٰ الإرث، ولم ينص المؤلف في كلا الموضعين علىٰ أنه من قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

قلت: وهو حديثٌ مرفوعٌ، صححه ابنُ حبان (الإحسان ٦٢١٣)، وهو أيضاً في مسند أحمد (١٨٤٢)، والمستدرك ٢/٣٥١ (٣٢٥٠)، والأوسط للطبراني (٢٥)، وغيرها، قال المُناوي في فيض القدير ٥/٣٥٧: رَمَزَ المؤلف لحُسْنه، وهو كما قال، أو أعلىٰ، وله طرقٌ. اهـ

وقد فات الزيلعي تخريجه في نصب الراية ٤/٦٠، وكذلك في الدراية ٢/١٧٠، والعيني في البناية ١١/٢٥٧، وابن الهمام في فتح القدير ٦/٣٨٧.

. . . .

وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابُه وخاتَمُه: قَبِلَه، علىٰ ما مرَّ.

ولم يَشتَرِطْ[1] في «الكتاب» ظهورَ العدالةِ[2] للفتح[3].

والصحيحُ أنه يَفُضُّ الكتابَ بعدَ ثبوتِ العدالة، كذا ذَكَرَه الخَصَّاف رحمه الله؛ لأنه ربما يُحتاجُ إلىٰ زيادة الشهود، وإنما يُمكِنُهم أداءُ الشهادة بعد قيام الخَتْم.

وإنما يَقبلُه المكتوبُ إليه إذا كان الكاتبُ علىٰ القضاء.

حتى لو مات، أو عُزِلَ، أو لم يبقَ أهلاً للقضاء قبلَ وصولِ الكتابِ: لا يَقبلُه؛ لأنه التحق بواحدٍ من الرَّعايا.

ولهذا لا يَقبَلُ إخبارَه قاضٍ آخَرُ في غير عمله[4]، أو في غير عملهما[5].

---

(١) أي الإمام القدوري في مختصره. البناية ١١/٢٥٩.

(٢) أي ظهور عدالة الشهود الذين شهدوا أن هذا كتاب قاضي بلد كذا.

(٣) أي لفتح الكتاب.

(٤) أي غير بلده. وفي نُسخ جاءت بضبطٍ آخر كما يلي: لا يُقبلُ إخبارُه قاضياً آخرَ في غير عمله. وكُتب في نسخة ٧٣٨هـ فوق حرف الياء من: يقبل، ومن حرف الراء في: إخباره: كُتب فتحة وضمة، وكُتب فوقها: معاً، وشَرَحَها العيني في البناية ٢٥٩/١ بقوله: يعني إذا أخبر القاضي قاضياً آخرَ في غير عمل المخبر: لا يُقبل.

(٥) ينظر البناية ١١/٢٥٨.

ولا يُقبَلُ كتابُ القاضي إلىٰ القاضي في الحدودِ والقصاصِ.

وكذا لو مات المكتوبُ إليه، إلا إذا كَتَبَ إلىٰ فلانِ بنِ فلانٍ قاضي بلدةِ كذا، وإلىٰ كلِّ مَن يَصِلُ إليه من قضاةِ المسلمين؛ لأن غيرَه صار تَبَعاً له، وهو معرَّفٌ.

بخلاف ما إذا كَتَبَ ابتداءً: إلىٰ كلِّ مَن يصلُ إليه من قُضاة المسلمين، علىٰ ما عليه مشايخُنا رحمهم الله؛ لأنه غيرُ مُعرَّفٍ[1].

ولو كان مات الخصمُ: يُنفِّذُ الكتابَ علىٰ وارِثه؛ لقيامه مَقامه.

قال: (ولا يُقبَلُ كتابُ القاضي إلىٰ القاضي في الحدودِ والقصاصِ)؛ لأن فيه شُبهةَ البدلية، فصار كالشهادة علىٰ الشهادة.

ولأن مبناهما علىٰ الإسقاط، وفي قبوله: سعيٌ في إثباتهما، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مجهول.

فصلٌ آخَرُ

ويجوز قضاءُ المرأةِ في كلِّ شيءٍ إلا في الحدودِ والقصاص.

وليس للقاضي أن يَستخلِفَ علىٰ القضاء إلا أنْ يُفوَّضَ إليه ذلك.

فصلٌ آخَرُ

قال: (ويجوز قضاءُ المرأةِ في كلِّ شيءٍ إلا في الحدودِ والقصاص)؛ اعتباراً بشهادتها، وقد مَرَّ الوجهُ.

قال: (وليس للقاضي أن يَستخلِفَ علىٰ القضاء إلا أنْ يُفوَّضَ إليه ذلك)؛ لأنه قُلِّدَ القضاءَ، دونَ التقليدِ به، فصار كتوكيل الوكيل.

بخلاف المأمورِ بإقامة الجمعة، حيث يَستخلِفُ؛ لأنه علىٰ شَرَفِ الفَوات؛ لتوقُّته، فكان الأمرُ به إذناً بالاستخلاف دلالةً، ولا كذلك القضاءُ.

ولو قضىٰ الثاني بمَحْضَرٍ من الأول، أو قضىٰ الثاني، فأجاز الأولُ: جاز، كما في الوكالة، وهذا لأنه حَضَرَه رأيُ الأول، وهو الشرطُ.

وإذا فُوِّضَ إليه[1]: يَملِكُه، فيصيرُ الثاني نائباً عن الأصيل[2]، حتىٰ لا يَملِكُ الأولُ[3] عزْلَه، إلا إذا فُوِّضَ إليه العزْلُ.

---

(١) أي فُوِّض الاستخلافُ إلىٰ القاضي، بأن قال له الخليفة: ولمَن شئتَ.

(٢) وفي نُسخ: الأول. قلت: والمراد به السلطان.

(٣) أي لا يملك القاضي الأولُ عزلَ القاضي الذي هو نائبُ القاضي المولَّىٰ من جهة الخليفة. البناية ١١/٢٦٥.

وإذا رُفِعَ إلىٰ القاضي حُكْمُ حاكمٍ : أمضاه، إلا أن يُخالِفَ الكتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ، بأن يكون قولاً لا دليلَ عليه.

وفي «الجامع الصغير» : وما اختَلَفَ فيه الفقهاءُ، فقضىٰ به القاضي، ثم جاء قاضٍ آخَرُ يَرىٰ غيرَ ذلك : أمضاه.

ولا يَنعزلُ الثاني بموت الأولِ، أو بعزْله، هو الصحيحُ، كما في الوكيل الثاني.

وكذا لا يَنعزلُ القضاةُ بموت السلطان، ولا الأُمراءُ بموت الخليفة؛ لأنه نائبٌ عن جماعةِ المسلمين.

قال: (وإذا رُفِعَ إلىٰ القاضي حُكْمُ حاكمٍ: أمضاه، إلا أن يُخالِفَ الكتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ، بأن يكون قولاً لا دليلَ عليه.

وفي «الجامع الصغير[1]»: وما اختَلَفَ فيه الفقهاءُ، فقضىٰ به القاضي، ثم جاء قاضٍ آخَرُ يَرىٰ غيرَ ذلك: أمضاه).

والأصلُ: أنَّ القضاءَ متىٰ لاقىٰ فصلاً[2] مجتهَداً فيه: يُنَفَّذُ[3]، ولا يردُّه غيرُه، لأنَّ اجتهادَ الثاني كاجتهادِ الأول، وقد ترجَّحَ[4] الاجتهادُ الأولُ باتصال القضاء به، فلا يُنقَضُ بما هو دونَه.

فلو قضىٰ في المجتهَدِ فيه مخالِفاً لرأيه، ناسياً لمذهبه: نُفِّذَ[5] عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) ص٢٠٠.

(٢) وفي نُسخ: حُكْماً، وفي نسخ أخرىٰ: مَحَلاً.

(٣) وضُبطت في نُسخ: يَنفُذ.

(٤) وفي نُسخ: يُرجَّح.

(٥) وضُبطت في نُسخ: نَفَذَ.

. . . .

وإن كان عامداً: ففيه[١] روايتان.

ووجهُ النَّفاذِ: أنه ليس بخطأٍ بيقينٍ.

وعندهما: لا يُنفَّذُ في الوجهَيْن؛ لأنه قضىٰ بما هو خطأٌ عنده، وعليه الفتوىٰ[٢].

ثم المجتهَدُ فيه: أن لا يكونَ مخالِفاً للكتاب أو السُّنَّةِ أو الإجماع.

والمرادُ بالسُّنَّة: المشهورةُ منها[٣].

وفيما اجتمع عليه الجمهورُ[٤]: لا تُعتبرُ مخالفةُ البعضِ[٥]، وذلك[٦]:

---

(١) وفي نُسخ: فعنه. البناية ١١/٢٦٨.

(٢) ونقل العيني في البناية ١١/٢٦٨ عن الفتاوىٰ الصغرىٰ أن الفتوىٰ علىٰ قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله في نفاذ القضاء علىٰ خلاف المذهب.

(٣) وفي نُسخة السليمانية ٦٤٤، و١٠٣٨هـ كُتب هنا زيادة ما يلي: لأن مخالفته خطأٌ بيقين. اهـ قلت: والظاهر أنه لا محلَّ لهذه الزيادة ها هنا، والله أعلم.

(٤) أي جمهور العلماء، أي أكثرهم وجُلُّهم. البناية ١١/٢٦٩، قلت: لكن المقرر في علم أصول الفقه: أن الإجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وإن كان واحداً، كما في فتح القدير ٦/٣٩٨، ثم جَمَعَ ابنُ الهمام بين الأمرين بقوله: يُحمَل ما في أصول الفقه: علىٰ ما سُوِّغ فيه الاجتهاد، وما هنا: علىٰ ما لم يُسوَّغ. اهـ، قلت: ولكن هذا مَهْيَعٌ واسعٌ تختلف أنظار المجتهدين في تقريره بحسب قواعدهم وأصولهم، كمسألة متروك التسمية عمداً، والله أعلم.

(٥) أي بعض العلماء.

(٦) أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور.

وكلُّ شيءٍ قضىٰ به القاضي في الظاهر بتحريمٍ : فهو في الباطنِ كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله .

ولا يقضي القاضي علىٰ غائبٍ إلا أن يَحضُرَ مَن يقومُ مَقامَه .

خلافٌ[1]، وليس باختلافٍ.

والمعتبرُ: الاختلافُ في الصدر الأول[2].

قال: (وكلُّ شيءٍ قضىٰ به القاضي في الظاهر بتحريمٍ: فهو في الباطنِ كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله).

وكذا إذا قضىٰ بإحلالٍ[3].

وهذا إذا كانتِ الدعوىٰ بسببٍ معيَّنٍ، وهي مسألةُ قضاءِ القاضي في العقودِ والفُسُوخ بشهادة الزُّور، وقد مرَّ الوجهُ[4] في النكاح[5].

قال: (ولا يقضي القاضي علىٰ غائبٍ إلا أن يَحضُرَ مَن يقومُ مَقامَه).

---

(١) المراد بالخلاف: ما كان مخالفاً للدليل القاطع، أي فيما لا يَسوغ الاجتهاد فيه. تبيين الحقائق ٢/٢٥٨، البناية ٢/٥٣٤ (ط الشاملة). قلت: ولكن هذا يختلف باختلاف نظر المجتهد، كما أشرتُ إليه قبل قليل.

(٢) وهم الصحابة رضي الله عنهم والتابعون، أي الاختلاف الذي يَجعَلُ المحلَّ مجتَهَداً فيه: هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم والتابعين، البناية ١١/٢٧٠، وينظر فتح القدير ٦/٣٩٧. قلت: يُحَرَّر هذا.

(٣) وفي نُسخ: بتحليل، والمراد: أي قضىٰ بإحلال شيءٍ في الظاهر: فهو في الباطن كذلك. البناية ١١/٢٧١.

(٤) وفي نُسخ: وقد مرَّت. قلت: أي المسألة.

(٥) في آخر باب بيان المحرمات.

. . . .

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يجوزُ؛ لوجود الحُجَّةِ، وهي البيِّنةُ، فظهر الحَقُّ.

ولنا: أن العملَ بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعةَ دون الإنكار، ولم يوجد.

ولأنه يحتملُ الإقرارَ والإنكارَ من الخصم، فيَشتبِهُ وجهُ القضاء؛ لأن أحكامَهما مختلفةٌ.

ولو أنكر، ثم غاب: فكذلك الجوابُ[2]؛ لأن الشرطَ قيامُ الإنكار وقتَ القضاء.

وفيه خلافُ أبي يوسف رحمه الله[3].

ومَن يقومُ مَقامَه: قد يكون بإنابته، كالوكيل، أو بإنابة الشرع، كالوصي من جهة القاضي، وقد يكون حُكْماً، بأن كان ما يدَّعي علىٰ الغائب سبباً لِمَا يدَّعيه علىٰ الحاضر.

وهذا في غير صورةٍ في[4] الكُتُب، أما إذا كان شَرْطاً لحَقِّه: فلا مُعتبرَ به

---

(١) أسنىٰ المطالب ٤/٣١٥.

(٢) أي لا يقضي القاضي عليه.

(٣) فإنه يقول: الشرط: الإصرارُ علىٰ الإنكار إلىٰ وقت القضاء وهو ثابتٌ بعد غيبته بالاستصحاب. البناية ١١/٢٧٢.

(٤) وفي نُسخ: من.

ويُقْرِضُ القاضي أموالَ اليتامىٰ، ويَكتبُ ذِكْرَ الحَقِّ.

وإن أقرض الوصيُّ: ضَمِنَ.

في جَعْله خصماً عن الغائب، وقد عُرِف تمامُه في «الجامع الصغير[1]».

قال: (ويُقْرِضُ القاضي أموالَ اليتامىٰ، ويكتبُ ذِكْرَ الحَقِّ[2]).

لأن في الإقراض مصلحتَهم؛ لبقاء أموالهم[3] محفوظةً مضمونةً، والقاضي يَقدِرُ علىٰ الاستخراج.

والكتابةُ[4]: ليحفَظَه[5].

قال: (وإن أقرض الوصيُّ: ضَمِنَ)؛ لأنه لا يقدِرُ علىٰ الاستخراج، فلم يكن مصلحةً.

والأبُ: بمنزلة الوصيِّ، في أصح الروايتَيْن؛ لعَجْزِه عن الاستخراج.

وهذا[6] لأن القرضَ تبرُّعٌ ابتداءً، معاوضةٌ انتهاءً، ففي حقِّ القادر علىٰ الاستيفاء: اعتُبر معاوضةً، وفي حقِّ العاجز: اعتُبر تبرُّعاً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) ص٢٠٠، وفي نُسخ: في الجامع: بدون تصريح بأنه في الصغير، وبيَّن العيني في البناية ١١/٢٧٦ أن المراد هو الجامع الصغير.

(٢) أي يكتب كتاباً، وهو الصك؛ لأجل ذكر الحق، وهو الإقراض.

(٣) وفي نُسخ: الأموال.

(٤) أي علة الكتابة في ذِكْر الحق أي الصك ليُحفظ ذلك ويُضبط، ولا يضيع.

(٥) وفي نُسخ: لتحفُّظه.

(٦) هذا التعليل إلىٰ آخره مثبتٌ في كلٍّ من نسخة ٨٦٠هـ، ونسخة المكتبة السليمانية برقم ٦٤٤، وكلاهما نسختان نفيستان.

باب التحكيم

وإذا حَكَّمَ رجلان رَجُلاً، فحَكَمَ بينهما، ورَضِيَا بحُكْمه : جاز.

وهذا إذا كان المُحَكَّمُ بصفة الحاكم.

ولا يجوزُ تحكيمُ الكافرِ، والعبدِ، والذميِّ، والمحدودِ في القذفِ، والفاسقِ، والصبيِّ.

باب التحكيم

قال: (وإذا حكَّمَ رجلان رَجُلاً، فحكَمَ بينهما، ورَضِيَا بحُكْمه: جاز)؛ لأن لهما ولايةً علىٰ أنفسِهما، فصحَّ تحكيمُهما، ويَنفُذُ حُكْمُه عليهما.

وقد صحَّ أن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم حكَّمَ[1]، والصحابةَ رضي الله عنهم حكَّموا، وكفىٰ بهم أُسوةً.

(وهذا إذا كان المُحكَّمُ بصفة الحاكم[2])؛ لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما، فتُشتَرَطُ أهليةُ القضاء.

قال: (ولا يجوزُ تحكيمُ الكافرِ، والعبدِ، والذميِّ، والمحدودِ في القذفِ، والفاسقِ، والصبيِّ)؛ لانعدام أهليةِ القضاءِ؛ اعتباراً بأهلية الشهادة.

والفاسقُ إذا حُكِّمَ: يجبُ أن يجوزَ عندنا، كما مَرَّ في المُوَلَّىٰ.

---

(١) في سنن النسائي (٥٣٨٧) استحسن النبي صلىٰ الله عليه وسلم التحكيمَ، وينظر لإجماع الصحابة رضي الله عنهم البناية ٢٧٩/١١، فتح القدير ٤٠٦/٦.

(٢) أي الحاكم المولَّىٰ.

ولكلِّ واحدٍ من المُحَكِّمَيْن أن يَرجعَ ما لم يَحكُمْ عليهما.

وإذا حَكَمَ: لَزِمَهما.

وإذا رُفِعَ حُكْمُه إلىٰ القاضي: إن وافقَ مذهبَه: أمضاه، وإن خالفَه: أبطله.

ولا يجوزُ التحكيمُ في الحدودِ، والقصاص.

قال: (ولكلِّ واحدٍ من المُحكِّمَيْن أن يَرجعَ ما لم يَحكُمْ عليهما)؛ لأنه مقلَّدٌ من جهتهما، فلا يَحكُمُ إلا برضاهما جميعاً.

(وإذا حكَمَ: لَزِمَهما)؛ لصدور حُكْمِه عن ولايةٍ عليهما.

قال: (وإذا رُفِعَ حُكْمُه إلىٰ القاضي: إن وافقَ مذهبَه: أمضاه)؛ لأنه لا فائدةَ في نَقْضِه، ثم في إبرامِه علىٰ ذلك الوجه[1].

(وإن خالفَه: أبطله)؛ لأنَّ حُكْمَه لا يَلزَمُه؛ لعدم التحكيم منه.

قال: (ولا يجوزُ التحكيمُ في الحدودِ، والقصاص)؛ لأنه لا ولايةَ لهما علىٰ دمهما، ولهذا لا يَملِكان الإباحةَ فيه، فلا يُستباحُ برضاهما.

قالوا: وتخصيصُ الحدودِ والقصاصِ يدلُّ علىٰ جوازِ التحكيمِ في سائر المجتهَدات، كالطلاقِ والنكاحِ وغيرهما، وهو صحيحٌ[2]، إلا أنه لا يُفتىٰ به، ويُقال: يُحتاجُ إلىٰ حُكْمِ المُولَّىٰ؛ دفعاً لتجاسر العَوَامِّ[3].

---

(١) أي لا فائدة في نقض القاضي حُكمَ المحكَّم حيث وافق مذهبه، ثم إبرامه وإتمامه مرة أخرىٰ علىٰ الوجه الذي حكَمَ به المحكَّم، فلا فائدة في نقضه.

(٢) وفي نُسخ: وهو الصحيح.

(٣) وينظر البناية ١١/٢٨٣.

وإن حَكَّماه في دمِ خطأٍ، فقضىٰ بالدية علىٰ العاقلة : لم يَنفُذْ حُكْمُه.

ويجوزُ أن يَسمعَ البينةَ، ويقضيَ بالنُّكول.

وحُكْمُ الحاكمِ لأبويه، وولدِه، وزوجتِه بالملك : باطلٌ.

قال: (وإن حكَّماه في دمِ خطأٍ، فقضىٰ بالدية علىٰ العاقلة: لم يَنفُذْ حُكْمُه)؛ لأنه لا ولايةَ له عليهم، إذْ لا تحكيمَ من جهتهم.

ولو حكَمَ علىٰ القاتل بالدية في ماله: يرُدُّه القاضي المولَّىٰ، ويَقضي بالدية علىٰ العاقلة؛ لأنه مخالِفٌ لرأيه، ومُخالِفٌ للنص[1] أيضاً، إلا إذا ثَبَتَ القتلُ بإقراره؛ لأن العاقلةَ لا تَعقِلُه.

قال: (ويجوزُ أن يَسمعَ البينةَ، ويقضيَ بالنُّكول)، وكذا بالإقرار؛ لأنه حُكْمٌ موافِقٌ للشرع.

ولو أخبر بإقرارِ أحدِ الخصمَيْن، أو بعدالة الشهودِ، وهما علىٰ تحكيمهما: يُقبَلُ قولُه[2]، ولا يُلتفَتُ إلىٰ إنكار الخصم؛ لأن الولايةَ قائمةٌ.

ولو أخبر بالحُكم: لا يُقبَلُ قولُه؛ لانقضاء الولاية، كقول المُوَلَّىٰ بعد العَزْل.

قال: (وحُكْمُ الحاكمِ لأبويه، وولدِه، وزوجتِه بالمِلك: باطلٌ).

والمُوَلَّىٰ، والمُحكَّمُ: في ذلك[3] سواءٌ.

---

(١) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «قوموا، فَدُوه»، كما سيأتي في كتاب المعاقل.

(٢) أي المحكَّم.

(٣) وفي نُسخ: فيه. بدل: في ذلك.

. . . .

وهذا لأنه لا تُقبلُ شهادتُه لهؤلاء؛ لمكان التُّهمة، فكذلك لا يصح القضاءُ لهم.

بخلاف ما إذا حكَمَ عليهم؛ لأنه تُقبَلُ شهادتُه عليهم؛ لانتفاء التهمة، فكذلك القضاء.

ولو حكَّما رجلَيْن: لا بدَّ من اجتماعهما؛ لأنه أمرٌ يُحتاجُ فيه إلىٰ الرأي، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

مسائلُ
شتىٰ من كتاب القضاء

وإذا كان عِلْوٌ لرجلٍ، وسُفْلٌ لآخَرَ: فليس لصاحبِ السُّفْل أنْ يَتِدَ فيه وَتِداً، ولا أن يَنقُبَ فيه كَوَّةً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَصنعُ ما لا يُضِرُّ بالعُلْو.

مسائلُ شتىٰ من كتاب القضاء

قال: (وإذا كان عُلْوٌ[1] لرجلٍ، وسُفْلٌ لآخَرَ: فليس لصاحبِ السُّفْل أنْ يَتِدَ فيه وَتِداً[2]، ولا أن يَنقُبَ فيه كَوَّةً[3] عند أبي حنيفة رحمه الله).

معناه: بغير رضا صاحبِ العُلْو.

(وقالا: يَصنعُ ما لا يُضِرُّ بالعُلْو).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أراد صاحبُ العُلْوِ أن يبنيَ علىٰ عُلْوِه.

قيل: ما حُكِيَ عنهما: تفسيرٌ لقول أبي حنيفة رحمه الله، فلا خلاف.

وقيل: الأصلُ عندهما: الإباحةُ؛ لأنه تصرُّفٌ في مِلْكه، والملكُ يقتضي الإطلاقَ، والحُرْمةُ: بعارضِ الضرر، فإذا أشكل: لم يَجُزِ المنعُ.

---

(١) كتب عليها سعدي جلبي في حاشيته علىٰ الهداية: مثلَّثة. اهـ، أي بفتح العين وضمِّها وكسرها، ينظر القاموس المحيط (علو).

(٢) بكسر التاء، هي الفصحىٰ.

(٣) بفتح الكاف، وقد تُضم. البناية ١١/٢٨٦، ومختار الصحاح (كوي).

وإذا كانت زائغةٌ مستطيلةٌ، تَنْشَعِبُ عنها زائغةٌ مستطيلةٌ، وهيَ غيرُ نافذةٍ: فليس لأهل الزائغةِ الأُولىٰ أن يَفتحوا باباً في الزائغةِ القُصوىٰ.

والأصلُ عنده[1]: الحظرُ؛ لأنه تصرُّفٌ في مَحَلٍّ تَعَلَّقَ به حَقٌّ محترَمٌ للغير، وهو حقُّ صاحبه، كحَقِّ المرتهِن والمستأجِر، والإطلاقُ بعارضِ عدم الضرر، فإذا أشكل: لا يزولُ المنعُ، علىٰ أنه لا يَعرىٰ عن نوعِ ضررٍ بالعُلْو، من تَوْهِينِ بناءٍ، أو نَقْضِه، فيُمنَعُ عنه.

قال: (وإذا كانت زائغةٌ[2] مستطيلةٌ، تَنْشَعِبُ عنها زائغةٌ مستطيلةٌ، وهيَ غيرُ نافذةٍ: فليس لأهل الزائغةِ الأُولىٰ أن يَفتحوا باباً في الزائغةِ القُصوىٰ).

لأن فَتْحَه: للمرور، ولا حَقَّ لهم في المرور، إذْ هو لأهلها خصوصاً، حتىٰ لا يكونُ لأهل الأُولىٰ فيما بِيْعَ فيها: حَقُّ الشفعة.

بخلاف النافذة؛ لأن المرورَ فيها: حَقُّ العامة.

قيل: المنعُ من المرور، لا مِن فَتْح الباب؛ لأنه رَفْعُ بعضِ جداره.

والأصحُّ أنَّ المنعَ من الفتح؛ لأنَّ بعدَ الفتح لا يُمكنُه[3] المنعُ من المرور في كلِّ ساعة.

ولأنه عساه يدَّعي الحَقَّ في القُصوىٰ بتركيب الباب.

---

(١) أي عند أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) أي سِكَّةٌ غير نافذة، مائلة عن الطريق الأعظم.

(٣) وفي نُسخ: لا يمكنهم.

وإن كانت مستديرةً، قد لَزِقَ طَرَفاها: فلهم أن يفتحوا باباً في الزائغة.

ومَن ادعىٰ في دارٍ دعوىً، وأنكرها الذي هيَ في يده، ثم صالَحَه منها: فهو جائزٌ.

ومَن ادعىٰ داراً في يدِ رجلٍ أنه وَهَبَها له في وقتٍ كذا، فسُئِل البينةَ، فقال: قد جَحَدَني الهبةَ، فاشتريتُها منه، وأقام المدِّعي البينةَ علىٰ الشراء منه قبلَ الوقت الذي يدِّعي فيه الهبةَ: لا تُقبل بيِّنتُه.

قال: (وإن كانت مستديرةً[1]، قد لَزِقَ طَرَفاها[2]: فلهم أن يفتحوا باباً في الزائغة)؛ لأن لكلِّ واحدٍ منهم حَقَّ المرورِ في كلِّها، إذ هي ساحةٌ مشتركةٌ، ولهذا يشتركون في الشفعةِ إذا بِيعتْ دارٌ منها[3].

قال: (ومَن ادعىٰ في دارٍ دعوىً، وأنكرها الذي هيَ في يده، ثم صالَحَه منها: فهو جائزٌ)، وهي مسألةُ الصُّلْح علىٰ الإنكار، وسنذكرُها في الصلح إن شاء الله.

والمدَّعَىٰ به وإن كان مجهولاً: فالصلحُ علىٰ معلومٍ عن مجهولٍ: جائزٌ عندنا؛ لأنه جهالةٌ في الساقط، فلا تُفضي إلىٰ المنازعة، علىٰ ما عُرِف.

قال: (ومَن ادعىٰ داراً في يدِ رجلٍ أنه وَهَبَها له في وقتٍ كذا، فسُئِل البينةَ، فقال: قد جَحَدَني الهبةَ، فاشتريتُها منه، وأقام المدِّعي البينةَ علىٰ الشراء منه قبلَ الوقت الذي يدِّعي فيه الهبةَ: لا تُقبل بيِّنتُه).

---

(١) أي وغير نافذة.

(٢) يعني سكة فيها اعوجاجٌ حتىٰ بلغ اعوجاجُها رأسَ السكة، والسكةُ غير نافذة.

(٣) وفي نُسخ: بجنبها.

ولو بعدَها : تُقبَلُ.

ومَن قال لآخَرَ : اشتريتَ مني هذه الجاريةَ، فأنكر الآخَرُ الشراءَ : إن أَجْمَعَ البائعُ علىٰ تَرْكِ الخصومةِ : وَسِعَه أن يَطأَها.

لظهور التناقضِ، إذ هو يدعي الشراءَ بعد الهبة، وهم يَشهدون به قبلَها[١].

(ولو) شهدوا به (بعدَها[٢]: تُقبَلُ)؛ لوضوح التوفيق.

ولو كان ادَّعىٰ الهبةَ، ثم أقام البينةَ علىٰ الشراء قبلَها[٣]، ولم يقُلْ: جَحَدَني الهبةَ، فاشتريتُها: لم تُقبل أيضاً، ذَكَرَه في بعض النُّسَخ[٤]؛ لأن دعوىٰ الهبةِ إقرارٌ منه[٥] بالملك للواهب عندها، دون غيرها، ودعوىٰ الشراءِ: رجوعٌ منه، فعُدّ[٦] مناقِضاً.

بخلاف ما إذا ادعىٰ الشراءَ بعدَ الهبة؛ لأنه تُقُرِّرَ[٧] مِلكُه عندها.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: اشتريتَ مني هذه الجاريةَ، فأنكر الآخَرُ الشراءَ: إن أَجْمَعَ[٨] البائعُ[٩] علىٰ تَرْكِ الخصومةِ: وَسِعَه أن يَطأَها).

---

(١) وفي نُسخ: قبله.

(٢) وفي نُسخ: بعده.

(٣) وفي نُسخ: قبله.

(٤) أي نُسَخ الجامع الصغير. البناية ١١/٢٩١.

(٥) أي من المدعي. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٦) وفي نُسخ: فقد صار.

(٧) وفي نُسخ: يُقرِّرُ ملكَه.

(٨) أي إن عَزَمَ.

(٩) وفي نُسخ: ثم اجتمعا علىٰ ترك الخصومة.

ومَن أقرَّ أنه قَبَضَ من فلانٍ عشرةَ دراهمَ، ثم ادعىٰ أنها زُيوفٌ: صُدِّقَ.

لأنَّ المشتريَ لَمَّا جَحَدَ: كان فسخاً من جهته، إذِ الفسخُ يثبتُ به، كما إذا تجاحَدَا، فإذا عَزَمَ البائعُ علىٰ تَرْكِ الخصومة: تمَّ الفسخُ.

وبمجرَّد العزم وإن[1] كان لا يَثبتُ الفسخُ: فقد اقترن بالفعل، وهو إمساكُ الجارية، ونَقْلُها[2]، وما يضاهيه.

وأصلُ العقدِ يَثبتُ بالفعل، كمَن قال لغيره: آجرتُكَ هذه الدابةَ بكذا؛ ليركبها إلىٰ مكان كذا، وذَهَبَ بها: تكونُ إجارةً تامةً، وكذا مثلُه في البيع، فكذلك يثبتُ به الفسخ.

ولأنه لَمَّا تعذَّر استيفاءُ الثمنِ من المشتري: فاتَ رضا البائع، فيَستَبِدُّ بفَسْخِه.

قال: (ومَن أقرَّ أنه قَبَضَ من فلانٍ عشرةَ دراهمَ، ثم ادعىٰ أنها زُيوفٌ: صُدِّقَ).

وفي بعضِ النُّسَخ[3]: اقتضىٰ: أي مكانَ قولِه: قَبَضَ، وهو عبارةٌ عن القبض أيضاً.

ووَجْهُه: أن الزيوفَ من جنس الدراهم، إلا أنها مَعِيبةٌ، ولهذا لو تُجُوِّزَ بها في الصرف والسَّلَم: جاز الثمنُ، والقبضُ لا يَختصُّ بالجِياد، فيُصدَّقُ؛ لأنه أنكر قَبْضَ حقِّه.

---

(١) لفظ: وإن: هكذا في طبعات الهداية القديمة، وبدون واو في النسخ الخطية.

(٢) أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلىٰ بيته، وما يضاهيه، كالاستخدام.

(٣) أي نُسَخ الجامع الصغير. البناية ١١/٢٩٣.

ومَن قال لآخَرَ: لكَ عليَّ ألفُ درهمٍ، فقال المقرُّ له: ليس لي عليكَ شيءٌ، ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألفُ درهم: فليس عليه شيءٌ.

بخلاف ما إذا أقرَّ أنه قَبَضَ الجِيَادَ، أو حَقَّه، أو الثمنَ، أو استوفىٰ؛ لإقراره بقبض الجيادِ صريحاً أو دلالةً، فلا يُصدَّقُ.

والنَّبَهْرَجةُ: كالزُّيوف.

وفي السَّتُّوقةِ: لا يُصدَّقُ؛ لأنها ليست من جنسِ الدراهم، حتىٰ لو تُجُوِّزَ بها فيما ذكرنا[1]: لا يجوز.

والزُّيوفُ[2]: ما زَيَّفَه[3] بيتُ المال.

والنَّبَهْرَجةُ: ما يَردُّه التجَّار.

والسَّتُّوقةُ: ما يَغلِبُ عليه الغِشُّ.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: لكَ عليَّ ألفُ درهمٍ، فقال المقرُّ له: ليس لي عليكَ شيءٌ، ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألفُ درهم: فليس عليه شيءٌ)؛ لأن إقرارَه هو الأولُ، وقد ارتدَّ بردِّ المُقَرِّ له، والثاني دعوىً، فلا بدَّ من الحُجَّة، أو تصديقِ خصمِه.

بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريتُ، وأنكر الآخَرُ: له أن يُصدِّقه؛ لأن أحدَ العاقدَيْن لا يتفرَّدُ بالفسخ، كما لا يتفرَّدُ بالعقد.

---

(١) أي في الصرف والسَّلَم.

(٢) وفي نُسخ: والزَّيْف.

(٣) أي ردَّه.

ومَن ادَّعىٰ علىٰ آخَرَ مالاً، فقال: ما كان لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ، فأقام المدعي البينةَ علىٰ ألفٍ، وأقام هو البينةَ علىٰ القضاء: قُبِلَتْ بيِّنتُه.

ولو قال: ما كان لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرفُك: لم تُقبل بيِّنتُه علىٰ القضاء.

والمعنىٰ: أنه حقُّهما، فبقِيَ العقدُ، فعَمِلَ التصديقُ.

أما المُقَرُّ له: يتفرَّدُ بردِّ الإقرار، فافترقا.

قال: (ومَن ادَّعىٰ علىٰ آخَرَ مالاً، فقال: ما كان لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ، فأقام المدعي البينةَ علىٰ ألفٍ، وأقام هو البينةَ علىٰ القضاء: قُبِلَتْ بيِّنتُه).

وكذلك علىٰ الإبراء.

وقال زفرُ رحمه الله: لا تُقبَلُ؛ لأن القضاءَ يتلو الوجوبَ، وقد أنكره، فيكونُ مناقِضاً.

ولنا: أن التوفيقَ مُمكِنٌ؛ لأن غيرَ الحَقِّ قد يُقضىٰ، ويُبرأُ منه؛ دفعاً للخصومة والشَّغْب[1]؛ ألا ترىٰ أنه يُقال: قضىٰ بباطلٍ، وقد يُصالَحُ علىٰ شيء، فيثبتُ، ثم يُقضىٰ.

وكذا لو قال: ليس لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ؛ لأن التوفيقَ أظهرُ.

قال: (ولو قال: ما كان لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرفُك: لم تُقبل بيِّنتُه علىٰ القضاء).

---

(١) بسكون الغين، ولا تُحرَّك، وهو تهييج الشرِّ. مختار الصحاح، وفي القاموس المحيط: بسكون العين، وتُحرَّك، وقيل: لا.

ومَن ادَّعىٰ علىٰ آخَرَ أنه باعه جاريتَه، فقال البائع : لم أبِعْها منكَ قطُّ، فأقام المدعي البينةَ علىٰ الشراء، فوَجَدَ بها أُصبعاً زائدةً، فأقام البائعُ البينةَ أنه بَرِئَ إليه مِن كلِّ عيبٍ : لم تُقبَلْ بينةُ البائع.

وكذا علىٰ الإبراء؛ لتعذُّر التوفيقِ في الحال؛ لأنه لا يكون بين اثنين أَخْذٌ وإعطاءٌ، وقضاءٌ واقتضاءٌ، ومعاملةٌ ومصالحةٌ بدون المعرفة.

وذَكَرَ القدوريُّ رحمه الله: أنه تُقبلُ أيضاً؛ لأن المحتَجِبَ[1]، أو المُخدَّرةَ[2] قد يُؤذَىٰ بالشَّغْب علىٰ بابه، فيَأمرُ بعضَ وكلائه بإرضائه، ولا يَعرِفُه، ثم يَعرِفُه بعد ذلك، فأمكنَ التوفيقُ.

قال: (ومَن ادَّعىٰ علىٰ آخَرَ أنه باعه جاريتَه، فقال البائع: لم أبِعْها منكَ قطُّ، فأقام المدعي[3] البينةَ علىٰ الشراء، فوَجَدَ بها أُصبعاً زائدةً، فأقام البائعُ البينةَ أنه بَرِئَ إليه مِن كلِّ عيبٍ: لم تُقبَلْ بينةُ البائع).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنها تُقبل؛ اعتباراً بما ذكرنا.

وجهُ الظاهر: أنَّ شَرْطَ البراءةِ تغييرٌ للعقد من اقتضاءِ وَصْفِ السلامة إلىٰ غيره، فيستدعي وجودَ البيع، وقد أنكره، فكان مناقِضاً.

بخلاف الدَّين؛ لأنه قد يُقضىٰ وإن كان باطلاً، علىٰ ما مَرَّ.

---

(١) وهو الذي لا يراه كلُّ أحدٍ لعظمته، ولا يتولىٰ الأمورَ بنفسه.

(٢) هي التي لم تجر عادتها بالبروز، وحضور مجلس الحُكم.

(٣) وفي نُسخ: المشتري.

ذِكْرُ حَقٍّ قد كُتِبَ في أسفلِه : ومَن قام بهذا الذِّكْر الحَقِّ : فهو وليٌّ ما فيه إن شاء الله تعالىٰ، أو كُتِبَ في شراءٍ : فعلىٰ فلانٍ خَلاصُ ذلك، وتسليمُه إن شاء الله تعالىٰ : بَطَلَ الذِّكْرُ كلُّه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : الشراءُ جائزٌ، والدَّيْنُ لازمٌ.

وقولُه : إن شاء الله تعالىٰ : هو علىٰ الخَلاص، وعلىٰ مَن قام بذِكْر الحق .

وقولُهما : استحسانٌ، ذَكَرَه في الإقرار .

قال: (ذِكْرُ حَقٍّ[1] قد كُتِبَ في أسفلِه: ومَن قام بهذا الذِّكْر الحَقِّ: فهو وليٌّ ما فيه إن شاء الله تعالىٰ، أو كُتِبَ في شراء[2]: فعلىٰ فلانٍ خَلاصُ ذلك، وتسليمُه إن شاء الله تعالىٰ: بَطَلَ الذِّكْرُ كلُّه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: الشراءُ جائزٌ، والدَّيْنُ لازمٌ.

وقولُه: إن شاء الله تعالىٰ: هو علىٰ الخَلاص، وعلىٰ مَن قام بذِكْر الحق.

وقولُهما: استحسانٌ، ذَكَرَه في الإقرار[3]).

لأن الاستثناءَ يُصرَفُ إلىٰ ما يليه؛ لأن الذِّكْرَ للاستيثاق، وكذا الأصلُ في الكلام الاستبداد[4].

---

(١) أي صكٌّ كُتِب فيه إقرارٌ علىٰ نفسه. البناية ١١/٣٠١.

(٢) أي كُتب ذِكْرُ إقرار، أي صكٌّ، كُتب في آخره: وما أدرك فلانً من الدرك: فعلىٰ فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالىٰ.

(٣) أي ذكره الإمام محمد في كتاب الإقرار من الأصل ٨/٣٩١.

(٤) أي الاستقلال، فلا يكونُ ما في الصك مرتبطاً ببعض، فينصرفُ الاستثناء إلىٰ ما يليه.

. . . .

وله: أن الكلَّ كشيءٍ واحدٍ؛ بحُكم العطف، فيُصرَفُ إلىٰ الكلِّ، كما في الكلماتِ المعطوفة، مثلُ قولِه: عبدُه حُرٌّ، وامرأتُه طالقٌ، وعليه المشيُ إلىٰ بيت اللهِ إن شاء الله تعالىٰ.

ولو تَرَكَ فُرْجةً[1]: قالوا: لا يَلتحقُ به[2]، ويصيرُ كفاصلِ السكوت، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي موضع بياض قبل قوله: ومَن قام بهذا الذكر الحق فهو وليٌّ ما فيه إن شاء الله تعالىٰ.

(٢) أي بجميع الصك، بل يلتحق بقوله: من قام بذكر الحق.

فصلٌ
في القضاء بالمواريث

وإذا مات نصرانيٌّ، فجاءتِ امرأتُه مسلمةً، فقالت: أسلمتُ بعد موته، وقالتِ الورثةُ: أسلمتِ قبلَ موته: فالقولُ قولُ الورثة.

فصلٌ في القضاء بالمواريث

قال: (وإذا مات نصرانيٌّ، فجاءتِ امرأتُه مسلمةً، فقالت: أسلمتُ بعد موته، وقالتِ الورثةُ: أسلمتِ قبلَ موته: فالقولُ قولُ الورثة).

وقال زفر رحمه الله: القولُ قولُها؛ لأن الإسلامَ حادِثٌ، فيُضافُ إلىٰ أقربِ الأوقات.

ولنا: أن سببَ الحِرْمانِ[1] ثابتٌ في الحال، فيثبتُ فيما مضىٰ؛ تحكيماً للحال، كما في جريان ماءِ الطاحونة[2]، وهذا ظاهرٌ نعتبرُه للدفع[3]، وما ذَكَرَه[4] يَعتبرُه[5] للاستحقاق.

---

(١) أي سبب حرمان المرأة وهو الإسلام من ميراث زوجها النصراني.

(٢) فإن ربَّها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضيِّ المدة في جريان الماء وانقطاعه: يُحكَّم الحالُ، فإذا كان الماءُ جارياً في الحال: كان القولُ قولَ ربِّ الطاحونة، وإن لم يكن جارياً: كان القولُ قولَ المستأجر. البناية ١١/٣٠٣.

(٣) أي لدفع استحقاقها الميراثَ.

(٤) أي زفر رحمه الله، وفي البناية ١١/٣٠٣: وفي بعض النُّسَخ: وهو يعتبره.

(٥) أي الإمام زفر رحمه الله.

ومَن مات وله في يدِ رجلٍ أربعةُ آلافِ درهمٍ وديعةً، فقال المستودَعُ: هذا ابنُ الميت، لا وارثَ له غيرُه: فإنه يَدفعُ المالَ إليه.

ولو مات المسلمُ، وله امرأةٌ نصرانيةٌ، فجاءت مسلمةً بعد موته، وقالت[١]: أسلمتُ قبلَ موته، وقالتِ الورثةُ: لا، بل أسلمتِ بعد موتِه: فالقولُ قولُهم أيضاً.

ولا يُحكَّمُ الحالُ؛ لأن الظاهرَ لا يَصلُحُ حُجَّةً للاستحقاق، وهي محتاجةٌ إليه، أما الورثةُ فهم الدافعون، ويَشهدُ لهم ظاهرُ الحدوثِ أيضاً.

قال: (ومَن مات وله في يدِ رجلٍ أربعةُ آلافِ درهمٍ وديعةً، فقال المستودَعُ: هذا ابنُ الميت، لا وارثَ له غيرُه: فإنه يَدفعُ المالَ إليه).

لأنه أقرَّ أنَّ ما في يدِه حقُّ الوارث خلافةً[٢]، فصار كما إذا أقرَّ أنه حَقُّ المورِّثِ وهو حيٌّ أصالةً.

بخلاف ما إذا أقرَّ لرجلٍ أنه وكيلُ المودِعِ بالقبض، أو أنه اشتراه منه، حيث لا يُؤمَرُ بالدفع إليه؛ لأنه أقرَّ بقيام حَقِّ المودِعِ، إذ هو حيٌّ، فيكونُ إقراراً علىٰ مالِ الغير، ولا كذلكَ بعد موته.

بخلاف المديونِ إذا أقرَّ لرجلٍ بتوكيلِ غيرِه بالقبض.

لأن الديونَ تُقضىٰ بأمثالها، فيكونُ إقراراً علىٰ نفسه، فيُؤمَرُ بالدفع إليه.

---

(١) وفي نُسخ: وقَلَبَتِ الورثةُ. قلت: أي عكست القول.

(٢) أي عن الميت.

ولو قال المودَعُ لآخَرَ: هذا ابنُه أيضاً، وقال الأولُ: ليس له ابنٌ غيري: قُضِيَ بالمال للأول.

وإذا قُسِمَ الميراثُ بين الغرماء وبين الورثة: فإنه لا يؤخَذُ منهم كفيلٌ، ولا من وارثٍ، وهذا شيءٌ احتاط به بعضُ القضاة، وهو ظلمٌ.

قال: (ولو قال المودَعُ لآخَرَ: هذا ابنُه أيضاً، وقال الأولُ: ليس له ابنٌ غيري: قُضِيَ بالمال للأول)؛ لأنه لَمَّا صحَّ إقرارُه للأول: انقطع يدُه[1] عن المال، فيكونُ هذا إقراراً علىٰ الأول، فلا يصح إقرارُه للثاني، كما إذا كان الأولُ ابناً معروفاً.

ولأنه حين أقرَّ للأول: لا مُكذِّبَ له، فصحَّ إقرارُه، وحين أقرَّ للثاني: له مكذِّبٌ، فلم يصح.

قال: (وإذا قُسِمَ الميراثُ بين الغرماء وبين الورثة: فإنه لا يؤخَذُ منهم[2] كفيلٌ، ولا من وارثٍ، وهذا شيءٌ احتاط به بعضُ القضاة، وهو ظلمٌ)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يأخذُ الكفيلَ.

والمسألةُ فيما إذا ثَبَتَ الدَّيْنُ والإرثُ بالشهادة، ولم يقلِ الشهودُ: لا نعلَمُ له وارثاً غيرَه.

لهما: أن القاضيَ نُصبَ ناظِراً للغُيَّب، والظاهرُ أنَّ في التركة وارثاً غائباً، أو غريماً غائباً؛ لأن الموتَ قد يقعُ بَغتةً، فيُحتاطُ بالكفالة، كما إذا

---

(١) أي انقطع حق يده.

(٢) أي الغرماء.

. . . .

دَفَعَ الآبقَ واللقطةَ إلىٰ صاحبِه، وأعطىٰ امرأةَ الغائبِ النفقةَ من ماله.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حَقَّ الحاضرِ ثابتٌ قطعاً، أو ظاهراً، فلا يُؤخَّرُ لحَقٍّ موهومٍ إلىٰ زمانِ التكفيل، كمَن أثبتَ الشراءَ ممن هو في يده، أو أثبتَ الدَّيْنَ علىٰ العبدِ حتىٰ بِيعَ في دَيْنِه: لا يُكفَّلُ.

ولأن المكفولَ له مجهولٌ، فصار كما إذا كَفَلَ لأحدِ الغرماء.

بخلاف النفقة؛ لأن حَقَّ الزوجِ ثابتٌ، وهو معلومٌ.

وأما الآبقُ واللقطةُ: ففيه روايتان، والأصحُّ أنه علىٰ الخلاف.

وقيل: إنْ دَفَعَ بعلامة اللقطة، أو إقرارِ[1] العبد: يُكَفَّلُ، بالإجماع؛ لأن الحقَّ غيرُ ثابتٍ، ولهذا كان له أن يَمنعَ.

وقوله[2]: هو ظُلْمٌ: أي مَيْلٌ عن سواء السبيل.

وهذا يكشِفُ عن مذهبِه[3] رحمه الله أن المجتهدَ يُخطِئُ ويصيبُ؛ لا كما ظنَّه البعض[4].

---

(١) وفي نُسخ: وإقرارِ. بالواو.

(٢) أي في قول صاحب بداية المبتدي رحمه الله.

(٣) أي مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله. البناية ٣٠٩/١١.

(٤) وهم المعتزلة أن كلَّ مجتهد مصيبٌ علىٰ مذهب أبي حنيفة، وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نُقل عن أبي حنيفة أنه قال: كل مجتهدٍ مصيبٌ والحقُّ عند الله واحد، والصواب أنه مصيبٌ في اجتهاده حتىٰ يكون مُثاباً وإن وقع مخالفاً لما عند الله عزَّ وجلَّ. البناية ٣٠٩/١١.

وإذا كانت الدارُ في يدِ رجلٍ، وأقام آخَرُ البينةَ أن أباه مات وتَركَها ميراثاً بينه وبين أخيه فلانٍ الغائبِ: قُضِيَ له بالنصف، وتُرِكَ النصفُ الآخَرُ في يدِ الذي هيَ في يديه، ولا يُستَوْثَقُ منه بكفيلٍ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن كان الذي هيَ في يديه جاحداً: أُخِذَ منه، وجُعِلَ في يدِ أمينٍ، وإن لم يَجْحَدْ: تُرِكَ في يده.

قال: (وإذا كانت الدارُ في يدِ رجلٍ، وأقام آخَرُ البينةَ أن أباه مات وتَركَها ميراثاً بينه وبين أخيه فلانٍ الغائبِ: قُضِيَ له بالنصف، وتُرِكَ النصفُ الآخَرُ في يدِ الذي هيَ في يديه، ولا يُستَوْثَقُ منه بكفيلٍ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن كان الذي هيَ في يديه جاحداً: أُخِذَ منه، وجُعِلَ في يدِ أمينٍ، وإن لم يَجْحَدْ: تُرِكَ في يده).

لهما: أن الجاحدَ خائنٌ، فلا يُترَكُ المالُ في يده، بخلاف المقِرِّ؛ لأنه أمينٌ.

وله: أن القضاءَ وَقَعَ للميت مقصوداً، واحتمالُ كونه مختارَ الميت ثابتٌ، فلا تُنقَضُ يدُه[1]، كما إذا كان مُقِرّاً وجُحُودُه قد ارتفع بقضاء القاضي، والظاهرُ عدمُ الجحودِ في المستقبَل؛ لصيرورةِ الحادثةِ معلومةً له وللقاضي.

ولو كانت الدعوىٰ في منقول: فقد قيل: يُؤخَذُ منه بالاتفاق؛ لأنه يَحتاجُ فيه إلىٰ الحفظ، والنزعُ أبلغُ فيه.

---

(١) وفي نُسخ: يُنقض يدُه. قلت: أي حق يده.

. . . .

بخلاف العقار[1]؛ لأنها مُحَصَّنةٌ بنفسها، ولهذا يَملِكُ الوصيُّ بيعَ المنقولِ علىٰ الكبيرِ الغائب، دونَ العقار.

وكذا حكمُ وصيِّ الأمِّ والأخِ والعمِّ علىٰ الصغير.

وقيل: المنقولُ: علىٰ الخلاف أيضاً.

وقولُ أبي حنيفة رحمه الله فيه: أظهر[2]؛ لحاجته إلىٰ الحفظ.

وإنما لا يُؤخَذُ الكفيلُ: لأنه إنشاءُ خصومةٍ، والقاضي إنما نُصِبَ لقَطْعِها، لا لإنشائها.

وإذا حَضَرَ الغائبُ لا يَحتاجُ إلىٰ إعادةِ البينة، ويُسلَّمُ النصفُ إليه بذلك القضاء؛ لأن أحدَ الورثةِ يَنتصِبُ خصماً عن الباقين فيما يُستَحَقُّ له وعليه، ديناً كان أو عَيْناً؛ لأن المَقْضِيَّ له وعليه إنما هو الميتُ في الحقيقة، وواحدٌ من الورثة يصلحُ خليفةً عنه في ذلك.

بخلاف الاستيفاءِ لنفسه؛ لأنه عاملٌ فيه لنفسه، فلا يصلُحُ نائباً عن غيره، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبَه، وصار كما إذا قامتِ البينةُ بدينِ الميت، إلا أنه إنما يَثبتُ استحقاقُ الكلِّ علىٰ أحدِ الورثة إذا كان الكلُّ في يده، ذَكَرَه في «الجامع[3]»؛ لأنه لا يكون خصماً بدون اليد، فيَقتصرُ القضاءُ علىٰ ما في يده.

---

(١) أي الأرض.

(٢) أي وقول أبي حنيفة في المنقول أظهر من قوله في العقار. البناية ٣١١/١١.

(٣) أي الجامع الكبير ص١٧١، باب الشهادة في المواريث. البناية ٣١٣/١١.

ومَن قال : مالي في المساكين صدقةٌ : فهو علىٰ ما فيه الزكاةُ، وإن أوصىٰ بثُلُث مالِه : فهو علىٰ كلِّ شيءٍ.

قال: (ومَن قال: مالي في المساكين صدقةٌ: فهو علىٰ ما فيه الزكاةُ، وإن أوصىٰ بثُلُث مالِه: فهو علىٰ كلِّ شيءٍ).

والقياسُ أن يلزمَه التصدُّقُ بالكل، وبه قال زفرُ رحمه الله؛ لعموم اسمِ المالِ، كما في الوصية.

وجهُ الاستحسان: أن إيجابَ العبدِ مُعتَبَرٌ بإيجاب اللهِ تعالىٰ، فيَنصرِفُ إيجابُه إلىٰ ما أوجب الشارعُ فيه الصدقةَ من المال.

أما الوصيةُ: فأختُ الميراثِ؛ لأنها خلافةٌ، كهيَ، فلا يختصُّ[1] بمالٍ دون مال.

ولأن الظاهرَ التزامُ الصدقةِ من فاضلِ مالِه، وهو مالُ الزكاة.

أما الوصيةُ فيقعُ[2] في حالِ الاستغناء، فينصرِفُ إلىٰ الكلِّ.

وتدخلُ فيه[3] الأرضُ العُشرية عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنها سببُ الصدقة، إذ جهةُ الصدقةِ في العُشريَّة[4] راجحةٌ عنده.

وعند محمدٍ رحمه الله: لا تدخلُ؛ لأنها سببُ المُؤنة، إذْ جهةُ المؤنة راجحةٌ عنده.

---

(١) أي مال الميراث.

(٢) أي مال الوصية، وفي نُسخ: فتقع.....فتنصرف. بالتأنيث، أي الوصية.

(٣) أي النذر. البناية ١١/٣١٥.

(٤) هكذا: العشرية: في طبعات الهداية القديمة، أي الأرض العشرية، وفي النسخ الخطية: العُشر.

. . . .

ولا تدخلُ أرضُ الخراجِ، بالإجماع؛ لأنه[١] يتمحَّضُ مؤنةً.

ولو قال: جميعُ ما أملِكُه صدقةٌ في المساكين: فقد قيل: يتناولُ كلَّ مالٍ[٢]؛ لأنه أعمُّ من لفظ: المال، والمقيِّدُ: إيجابُ الشرع، وهو مختَصٌّ بلفظ: المال، فلا مخصِّصَ في لفظ: الملك، فبقِيَ علىٰ العموم.

والصحيحُ أنهما[٣] سواءٌ؛ لأن الملتزَمَ[٤] باللفظَيْن: الفاضلُ عن الحاجة، علىٰ ما مَرَّ.

ثم إذا لم يكنْ له مالٌ سوىٰ ما دَخَلَ تحتَ الإيجاب: يُمسِكُ من ذلك قُوْتَه، ثم إذا أصاب شيئاً: تصدَّق بمثل ما أمسك؛ لأنَّ حاجتَه هذه مقدَّمةٌ.

ولم يُقدِّرْ محمدٌ رحمه الله[٥] بشيءٍ؛ لاختلاف أحوالِ الناس فيه.

وقيل: المُحترِفُ يُمسِكُ قُوْتَه ليومٍ، وصاحبُ الغَلَّة: لشهرٍ، وصاحبُ الضَّيْعة: لسَنَةٍ، علىٰ حسب التفاوتِ في مدة وصولِهم إلىٰ المال.

---

(١) أي الخراج.

(٢) وفي نُسخ: ماله.

(٣) أي لفظ: مالي، ولفظ: ما أملك. البناية ١١/٣١٧.

(٤) وهو التصدُّق.

(٥) هكذا بذكر محمد رحمه الله بالتصريح في طبعات الهداية القديمة، وفي نسخة ٧٣٨هـ: يُقدِّرْه، وفي نسخة سعدي، ونسخة ٦٠٥هـ، والبناية ١١/٣١٧: يُقدَّر، بالمجهول، وكُتِبَ عليها: أي لم يُبيِّنْ ـ محمدٌ ـ في المبسوط مقدارَ ما يُمسِكُ، ونَقَلَ سعدي عن الكاكي قوله: ولم يُقدِّر في الكتاب، وهو المبسوط.

ومَن أُوصِيَ إليه، ولم يَعلَم بالوصية حتىٰ باع شيئاً من التركة : فهو وصيٌّ، والبيعُ جائزٌ، ولا يجوزُ بيعُ الوكيل حتىٰ يَعلَم.

ومَن أعلمَه من الناس بالوكالة : يجوزُ تصرُّفُه.

ولا يكونُ النهيُ عن الوكالة عَزْلاً حتىٰ يَشهدَ عنده شاهدان، أو . . . .

وعلىٰ هذا صاحبُ التجارة، يُمسِكُ بقَدْر ما يَرجعُ إليه مالُه.

قال: (ومَن أُوصيَ إليه، ولم يَعلَم بالوصية حتىٰ باع شيئاً من التركة: فهو وصيٌّ، والبيعُ جائزٌ، ولا يجوزُ بيعُ الوكيل حتىٰ يَعلَم).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوزُ في الفصل الأول أيضاً[1]؛ لأن الوصايةَ إنابةٌ بعد الموت، فتُعتبرُ بالإنابة قبلَه، وهي الوكالة.

ووجهُ الفرق علىٰ الظاهر[2]: أن الوصايةَ خلافةٌ؛ لإضافتها إلىٰ زمانِ بطلانِ الإنابة، فلا تتوقفُ علىٰ العلم، كما في تصرُّف الوارث.

أما الوكالةُ: إنابةٌ؛ لقيام ولايةِ المَنوب عنه، فتتوقَّفُ علىٰ العلم، وهذا لأنه لو توقَّفَ: لا يفوتُ النظرُ؛ لقدرة الموكِّل، وفي الأول: يفوتُ؛ لعجز الموصي.

قال: (ومَن أعلمَه من الناس بالوكالة: يجوزُ تصرُّفُه)؛ لأنه إثباتُ حَقٍّ، لا إلزامُ أمْرٍ، وهذا من باب المعاملات.

قال: (ولا يكونُ النهيُ عن الوكالةِ عَزْلاً حتىٰ يَشهدَ عنده شاهدان، أو

---

(١) يعني لا يجوز بيع الوصي أيضاً قبل العلم بالوصاية؛ اعتباراً بالوكالة. البناية ٣١٨/١١.

(٢) أي ظاهر الرواية.

رجلٌ عَدْلٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو والأولُ: سواءٌ.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أُخبِرَ المولىٰ بجناية عبدِه.

وإذا باع القاضي، أو أمينُه عبداً للغرماء، وأَخَذَ المالَ، فضاع، . . . .

رجلٌ عَدْلٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو والأول[١]: سواءٌ)؛ لأنه من المعاملات، وبخبر الواحد فيها كفايةٌ.

وله: أنه خبرٌ ملزمٌ، فيكونُ شهادةً من وجهٍ، فيُشترطُ أحدُ شَطْرَيْها، وهو العددُ، أو العدالةُ، بخلافِ الأول.

وبخلافِ رسولِ الموكِّل؛ لأن عبارتَه كعبارة المرسِلِ؛ للحاجة إلىٰ الإرسال.

قال: (وعلىٰ هذا الخلاف[٢]: إذا أُخبِرَ المولىٰ بجناية عبدِه)، والشفيعُ[٣]، والبِكْرُ[٤]، والمسلِمُ الذي لم يهاجِر إلينا.

قال: (وإذا باع القاضي، أو أمينُه عبداً للغرماء، وأَخَذَ المالَ، فضاع،

---

(١) أي مَن أعلمه.

(٢) أي بين الإمام وصاحبيه.

(٣) أي والشفيع إذا أخبره اثنان بالبيع، فسكت: سقطت شفعتُه، وكذلك البِكْر إذا بلغها تزويجُ الولي، فسكتت: كان رضاً، وكذلك المسلمُ الذي لم يهاجر إلينا إذا أخبره اثنان بما عليه من الفرائض: لزمته. البناية ١١/ ٣٢٠ باختصار.

(٤) إذا بلغها تزويج الولي: فسكتت.

واستُحِقَّ العبدُ: لم يَضمن، ورَجَعَ المشتري علىٰ الغرماء.

وإن أَمَرَ القاضي الوصيَّ ببيعِهِ للغرماء، ثم استُحِقَّ، أو مات قبلَ القبض، وضاع المالُ: رَجَعَ المشتري علىٰ الوصيِّ.

ورَجَعَ الوصيُّ علىٰ الغرماء.

واستُحِقَّ العبدُ: لم يَضمن)؛ لأن أمينَ القاضي قائمٌ مَقامَ القاضي، والقاضيَ مَقامَ[1] الإمامِ، وكلٌّ واحدٍ منهم لا يَلحقُه ضمانٌ؛ كي لا يتقاعدَ عن قَبولِ هذه الأمانةِ، فتضيعَ الحقوقُ.

(ورَجَعَ المشتري علىٰ الغرماء)؛ لأن البيعَ واقعٌ لهم، فيرجعُ عليهم عند تعذُّرِ الرجوع علىٰ العاقد، كما إذا كان العاقدُ محجوراً عليه، ولهذا يُباعُ بطلبهم.

قال: (وإن أَمَرَ القاضي الوصيَّ ببيعِهِ للغرماء، ثم استُحِقَّ، أو مات قبلَ القبض، وضاع المالُ: رَجَعَ المشتري علىٰ الوصيِّ).

لأنه عاقدٌ نيابةً عن الميت وإن[2] كان بإقامة القاضي عنه، فصار كما إذا باعه بنفسه.

قال: (ورَجَعَ الوصيُّ علىٰ الغرماء)؛ لأنه عامِلٌ لهم.

وإن ظَهَرَ للميت مالٌ: يَرجعُ الغريمُ فيه بدَيْنه.

---

(١) أي ولأن القاضيَ قائمٌ مقام الإمام.

(٢) إن: هنا: وصلية.

. . . .

قالوا[١]: ويجوز أن يُقال: يَرجِعُ بالمائة التي غَرِمَها أيضاً؛ لأنه لَحِقَه في أَمْرِ الميت.

والوارثُ إذا بِيعَ له[٢]: بمنزلة الغريم[٣]؛ لأنه إذا لم يكن في التركة دينٌ: كان العاقدُ عاملاً له، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مشايخ الحنفية. البناية ١١/٣٢٢.

(٢) أي لأجله، يعني إذا احتاج إلىٰ بيع شيءٍ من التركة وهو صغير، فباعه الوصي، ثم اشترىٰ: رجع المشتري بالثمن علىٰ الوصي، والوصيُّ علىٰ الوارث.

(٣) حيث يرجع.

فصلٌ آخَرُ

وإذا قال القاضي: قد قضيتُ علىٰ هذا بالرَّجْم، فارجُمْه، أو بالقطع، فاقطَعْه، أو بالضَّرْب، فاضْرِبْه: وسِعَكَ أن تفعلَ.

فصلٌ آخَرُ

في مسائلَ متفرِّقة

قال: (وإذا قال القاضي: قد قضيتُ علىٰ هذا بالرَّجْم، فارجُمْه، أو بالقطع، فاقطَعْه، أو بالضَّرْب، فاضْرِبْه: وسِعَكَ أن تفعلَ).

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه رَجَعَ عن هذا، وقال: لا تأخُذْ بقولِه حتىٰ تُعاينَ الحُجَّةَ، لأن قولَه يحتمِلُ الغَلَطَ والخطأَ، والتداركُ غيرُ ممكن.

وعلىٰ هذه الرواية: لا يُقبَلُ كتابُه.

واستحسَنَ المشايخُ رحمهم الله هذه الروايةَ؛ لفسادِ حالِ أكثرِ[١] القضاةِ في زماننا، إلا في كتاب القاضي؛ للحاجة إليه[٢].

وجهُ الظاهر[٣]: أنه أخبر عن أَمْرٍ يَملِكُ إنشاءَه، فيُقبَلُ؛ لخُلُوِّه عن التهمة.

ولأن طاعةَ أُولي الأمر واجبةٌ، وفي تصديقِه: طاعتُه.

---

(١) وفي نُسخ: لفسادِ حالٍ في أكثر القضاة.

(٢) إحياءً لحقوق الناس.

(٣) أي ظاهر الرواية. البناية ١١/٣٢٣.

وإذا عُزِلَ القاضي، فقال لرجلٍ: أخذتُ منكَ ألفاً، ودفعتُها إلىٰ فلانٍ: قضيتُ بها ديناً عليكَ، فقال الرجلُ: أخذتَها ظلماً: فالقولُ قولُ القاضي.

وكذا لو قال: قضيتُ بقَطْعِ يدِكَ في حقٍّ، وهذا إذا كان الذي قُطعت يدُه والذي أُخِذ منه المالُ مُقِرّاً أنه فَعَلَ ذلك وهو قاضٍ.

وقال الإمام أبو منصور[1] رحمه الله: إن كان عَدْلاً عالماً: يُقبلُ قولُه؛ لانعدام تُهمةِ الخطأ والخيانة.

وإن كان عَدْلاً جاهلاً: يُستفسَرُ[2]، فإن أحسن التفسيرَ: وَجَبَ تصديقُه، وإلا: فلا.

وإن كان جاهلاً فاسقاً، أو عالِماً فاسقاً: لا يُقبَلُ إلا أنْ يعايِنَ سببَ الحكم؛ لتهمة الخطأ والخيانة.

قال: (وإذا عُزِلَ القاضي، فقال لرجلٍ: أخذتُ منكَ ألفاً، ودفعتُها إلىٰ فلانٍ: قضيتُ بها ديناً عليكَ، فقال الرجلُ: أخذتَها ظلماً: فالقولُ قولُ القاضي.

وكذا لو قال[3]: قضيتُ بقَطْعِ يدِكَ في حقٍّ، وهذا إذا كان الذي قُطعت يدُه والذي أُخِذ منه المالُ مُقِرّاً[4] أنه فَعَلَ ذلك وهو قاضٍ).

---

(١) الماتريدي، نسبةً إلىٰ مَحَلَّة بسمرقند، واسمه: محمد بن محمد بن محمود، ت ٣٣٣هـ، الأعلام ٥/٢٥١.

(٢) أي من القاضي.

(٣) أي القاضي.

(٤) وفي نُسخ: مُقِرَّيْن.

. . . .

ووَجْهُه: أنهما[1] لَمَّا توافقا أنه فَعَلَ ذلك في قضائه: كان الظاهرُ شاهداً له، إذِ القاضي لا يقضي بالجَوْر ظاهراً.

ولا يمينَ عليه؛ لأنه ثَبَتَ فِعْلُه في قضائه بالتصادُق، ولا يمينَ علىٰ القاضي.

ولو أقرَّ القاطعُ أو الآخِذُ بما أقرَّ به القاضي: لا يضمنُ أيضاً؛ لأنه فَعَلَه في حالة القضاء، ودَفْعُ[2] القاضي صحيحٌ، كما إذا كان معايَناً.

ولو زَعَمَ المقطوعُ يدُه، والمأخوذُ مالُه أنه فَعَلَ قبلَ التقليد، أو بعد العزل: فالقولُ للقاضي أيضاً، هو الصحيح؛ لأنه أسند فِعْلَه إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافِيةٍ للضمان، فصار كما إذا قال: طلَّقْتُ أو أَعتقتُ وأنا مجنونٌ، والجنونُ منه كان معهوداً.

ولو أقرَّ القاطِعُ والآخِذُ في هذا الفصل بما أَقَرَّ به القاضي: يضمنان؛ لأنهما أقرَّا بسبب الضمان، وقولُ القاضي مقبولٌ في دفع الضمانِ عن نفسه، لا في إبطالِ سببِ الضمانِ علىٰ غيره.

بخلاف الأول؛ لأنه ثبت فِعْلُه في قضائه بالتصادق.

ولو كان المالُ في يدِ الآخِذ قائماً، وقد أقرَّ بما أقرَّ به القاضي

---

(١) أي المقطوع والمأخوذ.

(٢) أي دفع المال إلىٰ المدعي.

والمأخوذُ منه المالُ: صَدَّقَ[1] القاضيَ[2] في أنه فَعَلَه في قضائه.

أو ادعىٰ أنه فَعَلَه في غير قضائه: يُؤخَذُ[3] منه؛ لأنه أقرَّ أن اليدَ كانت له، فلا يُصدَّقُ في دعوىٰ تَمَلُّكِه[4] إلا بحُجَّةٍ، وقولُ المعزولِ فيه ليس بحُجَّةٍ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي المأخوذ منه.

(٢) القاضي: مفعول به لفعل: صَدَّق، وفي نُسخ: صُدِّق القاضي.

(٣) أي المال.

(٤) أي الآخذ.

كتاب الشهادات

الشهادةُ فَرْضٌ، يلزمُ الشهودَ أداؤها، ولا يَسَعُهم كِتْمانُها إذا طالَبَهُمُ المدَّعي.

والشهادةُ في الحدود يُخيَّرُ فيها الشاهدُ بين السَّتْر والإظهار، والسَّتْرُ أفضلُ.

كتاب الشهادات

قال: (الشهادةُ فَرْضٌ، يلزمُ الشهودَ أداؤها، ولا يَسَعُهم كِتْمانُها إذا طالَبَهُمُ المدَّعي)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾. البقرة/٢٨٢.

وقولِه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾. البقرة/٢٨٣.

وإنما يُشترَطُ طَلَبُ المدعي: لأنها حَقُّه، فيُتوقَّفُ علىٰ طلبه، كسائر الحقوق.

قال: (والشهادةُ في الحدودِ يُخيَّرُ فيها الشاهدُ بين السَّتْر والإظهار)؛ لأنه متردِّدٌ بين حِسْبَتَيْن: إقامةِ الحدِّ، والتوقِّي عن الهتْك.

(والسَّتْرُ أفضلُ)؛ لقولِه صلىٰ الله عليه وسلم للذي شَهِدَ عنده: «لو سَتَرْتَه بثوبكَ: لكان خيراً لكَ»[1].

---

(١) قال في نصب الراية ٤/٧٤: الذي قال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم هذا القول: لم يشهد عنده بشيء، ولكنَّه حَمَل ماعز بن مالك الأسلمي علىٰ أن اعترف عند النبي=

إلا أنه يجبُ أن يَشهَدَ بالمال في السرقة، فيقولَ: أَخَذَ.

ولا يقولَ: سَرَقَ.

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَن سَتَرَ علىٰ مسلمٍ: سَتَرَ الله عليه في الدنيا والآخرة»[1].

وفيما نُقِلَ من تلقينِ الدَّرْءِ عن النبي[2] عليه الصلاة والسلام، وأصحابِه[3] رضي الله عنهم دلالةٌ ظاهرةٌ علىٰ أفضلية السَّتْر.

قال: (إلا أنه يجبُ أن يَشهَدَ بالمال في السرقة، فيقولَ: أَخَذَ)؛ إحياءً لِحَقِّ المسروقِ منه.

(ولا يقولَ: سَرَقَ)؛ محافظةً علىٰ السَّتْر.

ولأنه لو ظَهَرَتِ السرقةُ: لوَجَبَ القطعُ، والضمانُ لا يجامِعُ القطعَ، فلا يَحصُلُ إحياءُ حقِّه.

صلىٰ الله عليه وسلم بالزنا، وهو هَزَّال الأسلمي، كما رواه أبو داود (٤٣٧٧)، سنن النسائي (٧٢٨٠)، والحاكم في المستدرك ٣٦٣/٤، وصحَّحه، ووافقه الذهبي، وغيرهم، الدراية ١٧٠/٢.

(١) صحيح مسلم (٢٦٩٩)، وفي صحيح البخاري (٢٤٤٢) بلفظ: «... ستره الله يوم القيامة».

(٢) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم لماعز بن مالك حين جاء معترفاً: «لعلَّك قبَّلتَ، أو غمزتَ، أو نظرتَ؟»، كما هو في صحيح البخاري (٦٨٢٤).

(٣) مما وَرد من تلقين الصحابة رضي الله عنهم، ما روي عن أبي بكر وعمر وعلي وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين، ينظر نصب الراية ٧٧/٤، الدراية ١٧٠/٢.

والشهادةُ علىٰ مراتبَ: منها: الشهادةُ في الزنا، يُعتبرُ فيها أربعةٌ من الرجال، ولا تُقبلُ فيها شهادةُ النساء.

قال: (والشهادةُ علىٰ مراتبَ: منها: الشهادةُ في الزنا، يُعتبرُ فيها أربعةٌ من الرجال)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾. النساء/١٥.

ولقوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾. النور/٤.

قال: (ولا تُقبلُ فيها شهادةُ النساء)؛ لحديث الزُّهْريِّ رحمه الله: مَضَتِ السُّنَّةُ من لَدُنْ رسولِ الله عليه الصلاة والسلام والخليفتَيْن من بعدِه: أن لا شهادةَ للنساء في الحدود، والقصاص[1].

ولأنَّ فيها شُبْهَةَ البدلية؛ لقيامِها مَقامَ شهادةِ الرجال، فلا تُقبَلُ فيما يَندرئُ بالشبهات.

---

(١) عزاه في نصب الراية ٧٩/٤ لمصنف ابن أبي شيبة (٢٨٧١٤) عن حفص عن حجاج عن الزهري قال: مضت السُّنَّة...، وفي سنده: حجاج بن أرطاة، وهو مشهورٌ بأنه ضعيفٌ في الحديث.

والحديث هو أيضاً من مراسيل الزهري، ومراسيلُه مشهورةٌ بالضعف عند المحدِّثين، أما فقهاء الحنفية، فهم أوسع في قبولِها، كما بَسَطَ هذا صاحب إعلاء السنن ١٦٦/١٥، وفيه نَقَل أيضاً الإجماعَ عن ابن المنذر في عدم قبول شهادة النساء في الحدود والقصاص، وينظر الإقناع في مسائل الإجماع ١٥١٥/٣، والبناية ١٢٥/٨.

وأيضاً فإنَّ الآية الكريمة تنصُّ علىٰ أنهم: ﴿مِنكُمۡ﴾: أي من الرجال، وينظر: مقدِّمة إعلاء السنن (قواعد في علوم الحديث) ص ١٥٦، بتحقيق العلامة الشيخ عبد الفتَّاح أبو غدَّة رحمه الله تعالىٰ.

ومنها: الشهادةُ ببقية الحدودِ والقصاصِ: تُقبَلُ فيها شهادةُ رجلَيْن، ولا تُقبَلُ فيها شهادةُ النساءِ.

وما سوىٰ ذلك من الحقوق: تُقبَلُ فيها شهادةُ رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن، سواءٌ كان الحَقُّ مالاً، أو غيرَ مالٍ.

مثلُ النكاحِ، والطلاق، والوكالةِ، والوصية، ونحوِ ذلك.

قال: (ومنها: الشهادةُ ببقية الحدودِ والقصاصِ: تُقبَلُ فيها شهادةُ رجلَيْن)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾. البقرة/٢٨٢.

قال: (ولا تُقبَلُ فيها شهادةُ النساءِ)؛ لِمَا ذَكَرْنا.

قال: (وما سوىٰ ذلك من الحقوق: تُقبَلُ فيها شهادةُ رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن، سواءٌ كان الحَقُّ مالاً، أو غيرَ مالٍ.

مثلُ النكاحِ، والطلاق)، والعَتاقِ، والعِدَّة[1]، والحوالةِ، والوقفِ، والصلحِ.

(والوكالةِ، والوصية[2])، والهبةِ، والإقرارِ، والإبراءِ، والولدِ، والوِلادِ، والنَّسَب، (ونحوِ ذلك).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا تُقبل شهادةُ النساءِ مع الرجال، إلا في

---

(١) قوله: والعدة... إلىٰ آخر الأمثلة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وكذلك الأمثلة المذكورة بعد سطر في الوكالة والوصية، وهي الهبة والإقرار... إلخ.

(٢) أي الوصاية؛ لأنها في تعداد غير المال. البناية ٣٣٨/١١.

(٣) الأم ٢٦٠/٦، بحر المذهب للروياني ١١٨/١٤.

. . . .

الأموال وتوابعِها؛ لأن الأصلَ فيها عدمُ القبول؛ لنقصان العقل، واختلالِ الضبط، وقُصورِ الولايةِ، فإنها لا تصلحُ للإمارة، ولهذا لا تُقبل في الحدود والقصاص[١].

ولا تُقبلُ شهادةُ الأربعِ منهنَّ وَحْدَهنَّ[٢]، إلا أنها قُبِلتْ في الأموال ضرورةً، والنكاحُ أعظمُ خَطَراً، وأقلُّ وقوعاً[٣]، فلا يُلْحَقُ بما هو أدنىٰ خَطَراً، وأكثرُ وجوداً.

ولنا: أنَّ الأصلَ فيها القَبولُ؛ لوجود ما تُبتَنىٰ عليه أهليةُ الشهادة، وهو المشاهَدةُ والضبطُ والأداءُ، إذْ بالأول: يحصلُ العلمُ للشاهد، وبالثاني: يبقىٰ، وبالثالث: يحصلُ العلمُ للقاضي، ولهذا يُقبَلُ إخبارُها في الأخبار.

ونقصانُ[٤] الضبطِ بزيادة النسيان: انجبرَ بضمِّ الأُخرىٰ إليها، فلم يَبْقَ بعد ذلك إلا الشبهةُ، فلهذا لا تُقبلُ فيما يَندرىء بالشبهات.

وهذه الحقوقُ تَثبتُ مع الشبهات.

وعدمُ قبولِ الأربع[٥]: علىٰ خلاف القياس؛ كي لا يكثُرَ خروجُهنَّ.

---

(١) لفظ: والقصاص: مثبتٌ في نسخة برقم ٦٤٤ في مكتبة السليمانية.

(٢) أي دون الرجال.

(٣) وفي نُسخ: وجوداً.

(٤) هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله.

(٥) هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله: ولا تُقبل شهادة الأربع منهن.

وتُقبلُ في الولادة، والبَكارةِ، والعيوبِ بالنساء في موضعٍ لا يَطَّلعُ عليه الرجالُ: شهادةُ امرأةٍ واحدةٍ.

قال: (وتُقبلُ في الولادة، والبَكارةِ، والعيوبِ بالنساء في موضعٍ لا يَطَّلعُ عليه الرجالُ: شهادةُ امرأةٍ واحدةٍ).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادةُ النساءِ جائزةٌ فيما لا يستطيعُ الرجالُ النظرَ إليه»[١].

والجمعُ المحلَّىٰ بالألف واللام[٢]: يُرادُ به الجنسُ، فيتناولُ الأقلَّ[٣].

وهو حجةٌ علىٰ الشافعي[٤] رحمه الله في اشتراط الأربع.

ولأنه إنما سقطتِ الذُّكورة: ليَخِفَّ النظرُ؛ لأن نَظَرَ الجنسِ إلىٰ الجنسِ أخفُّ، فكذا يسقطُ اعتبارُ العدد، إلا أن المَثْنىٰ والثُّلاثَ أحوطُ؛ لِمَا فيه من معنىٰ الإلزام.

---

(١) قال في نصب الراية ٤/٨٠: غريب. اهـ، لكن تعقَّبه العلامة قاسم في منية الألمعي ص ٤٠١، والتعريف والإخبار ٣/٣٩٣ بقوله: «قلت: رواه محمد في الأصل ١١/٥١٩ مصرِّحاً بالرفع بسنده عن مجاهد وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وطاووس، قالوا: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فذكره بلفظه». اهـ، وقد عزاه في فتح القدير ٦/٤٥٤ للأصل أيضاً، وقال: هذا مرسلٌ يجب العمل به. اهـ

وفي الدراية ٢/١٧١: في مصنف عبد الرزاق (١٥٤٢٧) عن ابن شهاب: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن».

(٢) أي في لفظ: النساء.

(٣) وهو الواحد.

(٤) روضة الطالبين ١١/٢٩٤، نهاية المطلب ١٨/٥٩٨.

. . . .

ثم حُكْمُها في الولادة: شَرَحْناه في الطلاق[١].

وأما حُكمُ البكَارة: فإنْ شَهدْنَ أنها بِكْرٌ: يُؤجَّلُ في العِنِّينُ سَنَةً، ويُفرَّقُ بعده[٢]؛ لأنها تأيَّدت بمؤيِّدٍ[٣]، إذِ البكارةُ أصلٌ.

وكذا في ردِّ المَبيعِ إذا اشتراها بشرط البكارة[٤]: فإن قلن: إنها ثيِّبٌ: يُحلَّفُ البائعُ؛ ليَنْضَمَّ نُكُولُه إلىٰ قولهنَّ، والعيبُ يثبتُ بقولهنَّ، فيُحلَّفُ البائع.

وأما شهادتُهنَّ علىٰ استهلال الصبيِّ: لا تُقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حَقِّ الإرث؛ لأنه مما يطَّلعُ عليه الرجالُ، إلا في حَقِّ الصلاة[٥]؛ لأنها[٦] من أمور الدين.

وعندهما: تُقبلُ في حَقِّ الإرث أيضاً؛ لأنه[٧] صوتٌ عند الولادة، ولا يحضرُها الرجالُ عادةً، فصار كشهادتهنَّ علىٰ نفسِ الولادة.

---

(١) في باب ثبوت النسب.

(٢) أي بعد الأجل.

(٣) وهو البكارة.

(٤) فإذا اختلفا في بكارتها: فإن القاضي يريها النساء.

(٥) عليه.

(٦) أي الصلاة. البناية ١١/٣٤٤.

(٧) أي الاستهلال.

ولا بدَّ في ذلك كلِّه من العدالة، ولفظةِ: الشهادة، فإن لم يَذكُرِ الشاهدُ لفظةَ: الشهادة، وقال: أعلمُ، أو أتيقَّنُ: لم تُقبلْ شهادتُه.

قال: (ولا بدَّ في ذلك كلِّه من العدالة، ولفظةِ: الشهادة، فإن لم يَذكُرِ الشاهدُ لفظةَ: الشهادة، وقال: أعلمُ، أو أتيقَّنُ: لم تُقبلْ شهادتُه).

أما العدالةُ: فلقوله تعالىٰ: ﴿ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾. البقرة/٢٨٢، والرضا من الشاهد: هو العدل.

ولقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾. الطلاق/٢.

ولأن العدالةَ هي المُعَيِّنَةُ للصدق؛ لأنَّ مَن يتعاطىٰ غيرَ الكذب[1]: قد يتعاطاه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الفاسقَ إذا كان وجيهاً فيما بين الناس، ذا مُروءةٍ: تُقبلُ شهادتُه؛ لأنه لا يُستأجَرُ[2]؛ لوجاهته، ويَمتنِعُ عن الكذب لمروءته.

والأولُ أصحُّ، إلا أن القاضيَ لو قضىٰ بشهادةِ الفاسق: يصحُّ عندنا قضاؤه[3].

وقال الشافعيُّ[4] رحمه الله: لا يصحُّ، والمسألةُ معروفةٌ.

---

(١) أي من محظورات دِيْنه. البناية ٣٤٤/١١، وفي حاشية سعدي علىٰ الهداية: من الفسق الذي يساوي الكذب، أو يفوقُه. اهـ

(٢) لشهادة الزُّور.

(٣) ويكون عاصياً. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٤) الحاوي الكبير ٧/١٧، وقول الشافعي مثبتٌ في نسخة ٩٥٦هـ، وفي المطبوع.

قال أبو حنيفة رحمه الله: يَقتصِرُ الحاكمُ علىٰ ظاهر العدالة في المسلم، ولا يَسألُ عن حالِ الشهود، حتىٰ يَطعنَ الخصمُ فيهم.

وأما لفظةُ: الشهادة: فلأنَّ النصوصَ نَطَقَتْ باشتراطِها، إذِ الأمرُ فيها بهذه اللفظة.

ولأنَّ فيها زيادةَ توكيدٍ، فإن قولَه: أشهدُ: من ألفاظِ اليمين، كقوله: أشهدُ بالله، فكان الامتناعُ عن الكذبِ بهذه اللفظةِ أشدَّ.

وقولُه[1]: في ذلك كلِّه: إشارةٌ إلىٰ جميع ما تقدَّم.

حتىٰ تُشترطُ العدالةُ، ولفظةُ الشهادة في شهادةِ النساءِ في الولادة، وغيرها، هو الصحيح؛ لأنه[2] شهادةٌ؛ لِمَا فيه من معنىٰ الإلزام، حتىٰ اختُصَّ[3] بمجلس القضاء.

ولهذا يُشترط فيه[4] الحريةُ، والإسلامُ[5].

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: يَقتصِرُ الحاكمُ علىٰ ظاهر العدالة في المسلم، ولا يَسألُ عن حالِ الشهود، حتىٰ يَطعنَ الخصمُ فيهم).

---

(١) أي قول القدوري في مختصره. البناية ١١/٣٤٧.

(٢) أي لفظ شهادة النساء، وفي نُسخ: لأنها. البناية ١١/٣٤٨.

(٣) أي لفظ: شهادة النساء.

(٤) أي في الشاهد، أو يكون الضمير راجع إلىٰ شهادة النساء بالولادة، فيشترط في شهادة النساء بالولادة: الحرية والإسلام. البناية ١١/٣٤٨.

(٥) أي في الشهادة علىٰ المسلم. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

إلا في الحدود والقصاص، فإنه يَسألُ فيها عن الشهود.

وإن طَعَنَ الخصمُ فيهم: سأل عنهم، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله: لا بدَّ أن يَسألَ عنهم في السِّرِّ والعَلانيةِ في سائر الحقوق.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عُدولٌ بعضُهم علىٰ بعض، إلا محدوداً في قذفٍ»[1].

ومثلُ ذلك مَرويٌّ عن عمر رضي الله عنه[2].

ولأن الظاهرَ هو الانزجارُ عما هو مُحَرَّمُ دِيْنِه، وبالظاهر: كفايةٌ، إذْ لا وصولَ إلىٰ القطع.

قال: (إلا في الحدود والقصاص، فإنه يَسألُ فيها عن الشهود)؛ لأنه يُحتالُ لإسقاطها، فيُشترَطُ الاستقصاءُ فيها، ولأن الشبهةَ فيها دارئةٌ.

قال: (وإن طَعَنَ الخصمُ فيهم: سأل عنهم[3])؛ لأنه تقابَلَ الظاهران، فيسألُ؛ طلباً للترجيح.

(وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله: لا بدَّ أن يَسألَ عنهم في السِّرِّ والعَلانيةِ في سائر الحقوق)؛ لأن القضاءَ مبناهُ علىٰ الحُجَّةِ، وهي شهادةُ

---

(١) المصنَّف لابن أبي شيبة (٢١٠٤٢)، وفي سنده: الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف، وللحديث عدة شواهد، ينظر نصب الراية ٨١/٤، وقوَّاه ابنُ التركماني في الجوهر النقي ١٥٦/١٠، سنن البيهقي ١٩٧/١٠، سنن الدارقطني ٢٠٧/٤.

(٢) تاريخ المدينة لابن شبة ٧٧٦/٢، سنن الدارقطني (٤٤٧٢)، السنن الكبرىٰ للبيهقي (٢٠٥٧٢)، وينظر نصب الراية ٨١/٤، الدراية ١٧١/٢.

(٣) وزاد في البناية ٣٥٠/١١: في السر والعلانية، يعني في غير الحدود والقصاص؛ لأن فيهما يسأل قبل الطعن.

. . . .

العدولِ، فيَتعرَّفُ عن العدالة، وفيه[١] صَوْنُ قضائه عن البطلان.

وقيل: هذا اختلافُ عصرٍ وزمان، والفتوىٰ علىٰ قولهما في هذا الزمان.

ثم التزكيةُ في السِّرِّ: أن يَبعثَ المستورةَ[٢] إلىٰ المُعَدِّل، فيها: النسبُ[٣]، والحِلَىٰ[٤]، والمُصَلَّىٰ[٥]، ويَرُدُّها المُعَدِّلُ[٦].

كلُّ ذلك في السرِّ؛ كي لا يَظهرَ فيُخدَعَ[٧]، أو يُقصَدَ[٨].

وفي العلانية: لا بدَّ أن يَجمَعَ بين المُعَدِّل والشاهد[٩]؛ لتنتفيَ شبهةُ تعديلِ غيرِه.

وقد كانت العلانيةُ وحدَها في الصدر الأول، ووَقَعَ الاكتفاءُ بالسرِّ في زماننا؛ تحرُّزاً عن الفتنة.

---

(١) أي في تعرُّفه.

(٢) أي الرقعة التي يكتبُ فيها القاضي أسامي الشهود، وحُلاهم.

(٣) أي نسب الشهود.

(٤) الحِلَىٰ: بكسر الحاء أفصح، وجاء بالضم، وتخفيف اللام، مقصوراً، وهي جمع: حِلية، وحِلْيةُ الإنسان: أي صفته، أي أنهم حُمْرٌ أو سُودٌ. البناية ١١/٣٥٢.

(٥) أراد به المَحَلَّة، أو مسجد المحلَّة، أي المكان الذي يصلي فيه.

(٦) أي يرد المعدِّلُ المستورةَ.

(٧) أي بالرشوة.

(٨) أي بالضرر.

(٩) فيقول المعدِّلُ: هذا الذي عدَّلتُه، يشير إلىٰ الشاهد.

وفي قولِ مَن رأىٰ أن يَسألَ عن الشهود : لم يُقبَلْ قولُ الخصم : إنه عَدْلٌ.

وإذا كان رسولُ القاضي الذي يسألُ عن الشهود واحداً : جاز، . . . .

ويُروىٰ عن محمدٍ رحمه الله: تزكيةُ العلانيةِ بلاءٌ وفتنةٌ.

ثم قيل: لا بدَّ أن يقولَ المعدِّلُ: هو[1] حُرٌّ، عَدْلٌ، جائزُ الشهادة؛ لأن العبدَ قد يُعدَّل.

وقيل: يُكتفىٰ بقوله: هو عدلٌ؛ لأن الحريةَ ثابتةٌ بالدار، وهذا أصح.

قال: (وفي قولِ مَن رأىٰ أن يَسألَ عن الشهود: لم يُقبَلْ قولُ الخصم: إنه عَدْلٌ)، معناه: قولُ المدَّعىٰ عليه.

وعن أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله: أنه تجوزُ تزكيتُه.

لكن عند محمدٍ رحمه الله: بضمِّ تزكيةِ آخَرَ إلىٰ تزكيته؛ لأن العددَ عنده شرطٌ.

ووجهُ الظاهر: أن في زُعْمِ المدعي وشهودِه أن الخصمَ كاذبٌ في إنكاره، مبطِلٌ في إصراره، فلا يصلحُ معدِّلاً.

وموضوعُ المسألة: إذا قال: هم عدولٌ، إلا أنهم أخطأوا، أو نَسُوا، أما إذا قال: صَدَقوا، أو هم عدولٌ صَدَقَةٌ: فقد اعترف بالحقِّ.

قال: (وإذا كان رسولُ القاضي الذي يسألُ عن الشهود واحداً: جاز،

---

(١) أي الشاهد.

والاثنان أفضلُ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان.

والاثنان أفضلُ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان)، والمرادُ منه المزكِّي.

وعلىٰ هذا الخلاف: رسولُ القاضي إلىٰ المزكِّي، والمترجِمُ عن الشاهد.

له[١]: أن التزكيةَ في معنىٰ الشهادة؛ لأن ولايةَ القاضي[٢] تُبتنىٰ علىٰ ظهورِ العدالة، وهو بالتزكية، فيُشترَطُ فيه العددُ، كما تُشترطُ العدالةُ فيه.

وتُشترطُ الذُّكورةُ في المزكِّي في الحدود والقصاص[٣].

ولهما: أنه ليس في معنىٰ الشهادة، ولهذا لا يُشترطُ فيه لفظةُ: الشهادة، ومجلسُ القضاء.

واشتراطُ العددِ[٤]: أمرٌ حُكميٌّ[٥] في الشهادة، فلا يتعدَّاها.

ولا تُشترطُ أهليةُ الشهادةِ في المزكِّي في تزكية السِّرِّ، حتىٰ صَلُحَ العبدُ مزكِّياً.

---

(١) أي للإمام محمد رحمه الله.

(٢) وفي نُسخ: القضاء.

(٣) لفظ: القصاص: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) هذا جوابٌ عن قول محمد رحمه الله.

(٥) وفي نُسخ: تحكُّميٌّ.

. . . .

فأما في تزكية العلانية: فهو شرطٌ، وكذا العددُ، بالإجماع، علىٰ ما قاله الخَصَّافُ رحمه الله؛ لاختصاصها بمجلس القضاء.

قالوا[١]: تُشترطُ الأربعةُ في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي المشايخ رحمه الله. البناية ١١/٣٥٧.

فصلٌ

وما يَتَحَمَّلُه الشاهدُ علىٰ ضَرْبَيْن : أحدُهما : ما يَثبتُ حُكمُه بنفسه، مثلُ البيعِ والإقرارِ والغصبِ والقتلِ، وحُكْمِ الحاكمِ.

فإذا سَمِعَ ذلك الشاهدُ، أو رآه : وَسِعَه أن يَشهدَ به وإن لم يُشهَدْ عليه.

ويقولُ : أَشهَدُ أنه باع، ولا يقولُ : أَشهَدَني.

فصلٌ

في بيان أحكامٍ تتعلَّقُ بالشهادة

قال: (وما يَتَحَمَّلُه الشاهدُ علىٰ ضَرْبَيْن: أحدُهما: ما يَثبتُ حُكمُه بنفسه، مثلُ البيعِ والإقرارِ والغصبِ والقتلِ، وحُكْمِ الحاكمِ.

فإذا سَمِعَ ذلك الشاهدُ، أو رآه: وَسِعَه أن يَشهدَ به وإن لم يُشهَدْ عليه)؛ لأنه عَلِمَ ما هو الموجِبُ بنفسِه، وهو الرُّكنُ في إطلاق الأداء.

قال الله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾. الزخرف/٨٦.

وقال النبيُّ عليه الصلاة والسلام: «إذا عَلِمْتَ مثلَ الشمس: فاشهَدْ، وإلا: فدَعْ»[١].

قال: (ويقولُ: أَشهَدُ أنه باع، ولا يقولُ: أَشهَدَني)؛ لأنه كذبٌ.

---

(١) شعب الإيمان (١٠٤٦٩)، مرفوعاً، السنن الصغرىٰ (٣٣٠٢)، المستدرك (٧٠٤٥)، وفي سنده مقال، ينظر التعريف والإخبار ٣٨٨/٢.

ومنه: ما لا يَثبتُ حُكْمُه بنفسه، مثلُ الشهادةِ علىٰ الشهادة.

فإذا سمع شاهداً يَشهَدُ بشيءٍ: لم يَجُزْ له أن يَشهَدَ علىٰ شهادته، إلا أن يُشهِدَه عليها.

وكذا لو سَمِعَه يُشهِدُ الشاهدَ علىٰ شهادته: لم يَسَعْ للسامع أن يَشهَدَ.

ولو سَمِعَ مِن وراء الحِجَاب: لا يجوزُ له أن يَشهَدَ.

ولو فسَّر للقاضي[1]: لا يَقبلُه؛ لأن النَّغْمةَ تُشبِه النَّغْمةَ، فلم يَحصُلِ العلمُ.

إلا إذا كان دَخَلَ البيتَ، وعَلِمَ أنه ليس فيه أحدٌ سواه، ثم جلس علىٰ الباب، وليس للبيت مَسلَكٌ غيرُه، فسمع إقرارَ الداخل، ولا يراه: له أن يَشهَدَ؛ لأنه حَصَلَ العلمُ في هذه الصورة.

قال: (ومنه: ما لا يَثبتُ حُكْمُه بنفسه، مثلُ الشهادةِ علىٰ الشهادة.

فإذا سمع شاهداً يَشهَدُ بشيءٍ: لم يَجُزْ له أن يَشهَدَ علىٰ شهادته، إلا أن يُشهِدَه عليها)؛ لأن الشهادةَ غيرُ موجِبةٍ بنفسها، وإنما تصيرُ موجِبةً بالنقل إلىٰ مجلسِ القاضي[2]، فلا بدَّ من الإنابة والتحميل، ولم يوجد.

قال: (وكذا لو سَمِعَه يُشهِدُ الشاهدَ علىٰ شهادته: لم يَسَعْ للسامع أن يَشهَدَ)؛ لأنه ما حَمَّله، وإنما حَمَّل غيرَه.

---

(١) بأن قال: أشهد بالسماع من وراء الحجاب.

(٢) وفي نُسخ: مجلس القضاء.

ولا يَحِلُّ للشاهد إذا رأىٰ خَطَّه أن يَشهَدَ، إلا أن يتذكَّر الشهادةَ.

قال: (ولا يَحِلُّ للشاهد إذا رأىٰ خَطَّه أن يَشهَدَ، إلا أن يتذكَّر الشهادةَ)؛ لأن الخَطَّ يُشبِهُ الخَطَّ، فلم يَحصُلِ العلمُ.

قيل: هذا علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يَحِلُّ له أن يَشهَدَ.

وقيل: هذا بالاتفاق[1]، وإنما الخلافُ فيما إذا وَجَدَ القاضي شهادتَه[2] في ديوانه[3]، أو قضيتَه[4]؛ لأن ما يكونُ في قِمَطْرِه[5]: فهو تحت خَتْمه، يُؤمَنُ عليه من الزيادة والنقصان، فحصل له العلمُ بذلك، ولا كذلك الشهادةُ في الصكِّ؛ لأنه في يدِ غيرِه.

وعلىٰ هذا إذا ذَكَرَ[6] المجلسَ الذي كانت فيه الشهادةُ، أو أخبره قومٌ ممن يَثِقُ بهم أنَّا شهدنا نحن وأنت[7].

---

(١) يعني لا يجوز بالاتفاق، أي لا يحِلُّ الأداء ما لم يتذكر الحادثة.

(٢) وفي نُسخ: شهادةً.

(٣) أي دفاتر القاضي.

(٤) أي وجد حكمَه مكتوباً في خريطته. البناية ١١/٣٦٢.

(٥) ما يُصان فيه الكتُب.

(٦) أي تَذَكَّرَ المكانَ، دون الحادثة، فكان تَذَكُّرُ المكان بمنزلة معرفته خطَّه في الشهادة، دون الحادثة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٧) أي لا يحل له أن يشهد بالاتفاق.

ولا يجوزُ للشاهد أن يَشهَدَ بشيءٍ لم يُعايِنْه، إلا النسبَ، والموتَ، والنكاحَ، والدخولَ، وولايةَ القاضي، فإنه يَسَعُه أن يَشهَدَ بهذه الأشياءِ إذا أخبره بها مَن يَثِقُ به.

قال: (ولا يجوزُ للشاهد أن يَشهَدَ بشيءٍ لم يُعايِنْه، إلا النسبَ، والموتَ، والنكاحَ، والدخولَ، وولايةَ القاضي، فإنه يَسَعُه أن يَشهَدَ بهذه الأشياءِ إذا أخبره بها مَن يَثِقُ به)، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أن لا يجوزَ فيها؛ لأن الشهادةَ مشتقةٌ من المشاهَدة، وذلك بالعلم، ولم يحصل، فصار كالبيع.

وجهُ الاستحسان: أن هذه أمورٌ يَختصُّ بمعاينةِ أسبابِها خواصٌّ من الناس، وتتعلَّقُ بها أحكامٌ تبقىٰ علىٰ انقضاءِ القرون، فلو لم تُقبل فيها الشهادةُ بالتسامع: أدَّىٰ إلىٰ الحَرَج، وتعطيلِ الأحكام.

بخلاف البيع؛ لأنه يَسمَعُه كلُّ أحد.

وإنما يجوزُ للشاهد أن يَشهَدَ بالاشتهار، وذلك بالتواتر، أو بإخبارِ مَن يَثِقُ به، كما قال في «الكتاب[1]».

ويُشترطُ أن يُخبِرَه رجلان عَدْلان، أو رجلٌ وامرأتان؛ ليَحصلَ له نوعُ عِلْمٍ.

وقيل: في الموت يُكتفَىٰ بإخبارِ واحدٍ أو واحدةٍ؛ لأنه قلَّما يُشاهِدُ حالَه[2] غيرُ الواحد، إذِ الإنسانُ يَهابُه ويكرهُه، فيكونُ في اشتراطِ العددِ بعضُ الحَرَج، ولا كذلك النسبُ والنكاحُ.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١١/٣٦٥.

(٢) أي حال الميت، إذ الإنسان يهاب الموت ويكرهه.

. . . .

وينبغي أن يُطلِقَ أداءَ الشهادة، ولا يُفسِّرَ، أما إذا فَسَّر للقاضي أنه يَشهَدُ بالتسامع: لم يَقبلْ شهادتَه، كما أن معاينةَ اليدِ في الأملاك تُطلِقُ[1] الشهادةَ، ثم إذا فسَّر: لا تُقبل، كذا هذا.

ولو رأىٰ إنساناً جَلَسَ مجلسَ القضاء، يَدخلُ عليه الخصومُ: حَلَّ له أن يَشهَدَ علىٰ كونه قاضياً.

وكذا إذا رأىٰ رجلاً وامرأةً يسكنان بيتاً، وينبسطُ كلٌّ واحدٍ منهما إلىٰ الآخَر انبساطَ الأزواج[2]، كما إذا رأىٰ عيناً في يدِ غيره.

ومَن شَهِدَ أنه شَهِدَ دَفْنَ فلانٍ، أو صلىٰ علىٰ جَنازته: فهو معايَنةٌ، حتىٰ لو فَسَّر للقاضي: قَبِلَه.

ثم قَصْرُ الاستثناءِ في «الكتاب» علىٰ هذه الأشياءِ الخمسة[3]: ينفي اعتبارَ التسامعِ في الوَلاء، والوقف.

وعن أبي يوسف رحمه الله آخِراً: أنه يجوزُ في الوَلاء؛ لأنه بمنزلة النسب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الوَلاء لُحْمَةٌ كلُحمة النسب»[4].

---

(١) وفي نُسخ: مطلقٌ للشهادة.

(٢) أي جاز له أن يشهد بأنها امرأته. البناية ٣٦٨/١١.

(٣) لفظ: الخمسة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) رواه محمد في الأصل ٣٧٧/٦، كما في التعريف والإخبار ١٣٨/٣، ورواه الشافعي في مسنده (٢٣٧) عن محمد بن الحسن، وصححه ابن حبان (٤٩٥٠)، والحاكم في المستدرك (٧٩٩٠)، وينظر التلخيص الحبير ٢١٣/٤. =

ومَن كان في يده شيءٌ سوىٰ العبدِ والأمة : وَسِعَكَ أن تشهدَ أنه له .

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يجوز في الوقف؛ لأنه يبقىٰ علىٰ مَرِّ الأعصار.

إلا أنا نقول: الولاءُ يُبتَنىٰ علىٰ زوالِ الملك، ولا بدَّ فيه من المعاينة، فكذا فيما يُبتَنىٰ عليه.

وأما الوقفُ: فالصحيحُ أنه تُقبلُ الشهادةُ بالتسامع في أصله، دون شرائطِه، لأن أصلَه هو الذي يَشتهر.

قال: (ومَن كان في يده شيءٌ سوىٰ العبدِ والأمة: وَسِعَكَ أن تشهدَ أنه له)؛ لأن اليدَ أقصىٰ ما يُستَدَلُّ به علىٰ الملك، إذ هي مَرجعُ الدلالةِ في الأسباب كلِّها، فيُكتَفىٰ بها.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يشترطُ مع ذلك أن يقعَ في قلبه أنه له.

قالوا: ويَحتملُ أن يكون هذا[1] تفسيراً لإطلاق محمدٍ رحمه الله في الرواية، فيكونُ شَرْطاً، علىٰ الاتفاق.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: دليلُ الملك: اليدُ، مع التصرُّف، وبه قال

وأنبه هنا إلىٰ أن هذا الحديث ورد هنا في الهداية في أواخر الشهادات، ولم يخرِّجه في هذا الموضع الزيلعي في نصب الراية ٨٢/٤، وتبعه ابن حجر في الدراية ١٧٢/٢، في حين أنه ورد مرة ثانية في الهداية في كتاب الولاء، وفي الولاء من نصب الراية ١٥١/٤ خرَّجه الزيلعي، وتبعه ابن حجر.

(١) أي ما ذُكر من شهادة القلب.

(٢) الحاوي الكبير ٦٢/٨.

. . . .

بعضُ مشايخِنا[١] رحمهم الله؛ لأن اليدَ متنوِّعةٌ إلىٰ إنابةٍ[٢]، ومِلكٍ.

قلنا: والتصرُّفُ يتنوَّعُ أيضاً، إلىٰ نيابةٍ، وأصالةٍ.

ثم المسألةُ علىٰ وجوهٍ: أحدُها: إن عايَنَ المالِكَ والمِلكَ: حلَّ له أن يَشهد.

وكذا إذا عايَنَ المِلكَ بحدوده، دون المالك: يَحِلُّ؛ استحساناً؛ لأن النسبَ يثبتُ بالتسامع، فتحصلُ معرفتُه.

وإن لم يعايِنْهما، أو عاينَ المالكَ، دون الملك: لا يَحِلُّ له.

وأما العبدُ والأمة: إن كان يَعرِفُ أنهما رقيقان: فكذلك[٣]؛ لأن الرقيقَ لا يكون في يد نفسه.

وإن كان لا يَعرِفُ أنهما رقيقان، إلا أنهما صغيران لا يُعبِّران عن أنفسهما: فكذلك؛ لأنه لا يدَ لهما.

وإن كانا كبيرَيْن: فذلك مَصرِفُ الاستثناء[٤]؛ لأن لهما يداً علىٰ أنفسهما، فيَدفعُ بها يدَ الغير عنهما، فانعدم دليلُ الملك.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يَحِلُّ له أن يَشهدَ فيهما أيضاً؛ اعتباراً بالثياب، والفرقُ ما بيَّنَّاه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

(١) وهو الإمام الخصاف رحمه الله. البناية ١١/٣٧١.

(٢) وفي نُسخ: أمانة.

(٣) أي حَلَّ للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك.

(٤) بقوله: سوىٰ العبد والأمة.

باب
مَن تُقبَلُ شهادتُه، ومَن لا تُقبَل

ولا تُقبَلُ شهادةُ الأعمىٰ.

باب
مَن تُقبَلُ شهادتُه، ومَن لا تُقبَل

قال: (ولا تُقبَلُ شهادةُ الأعمىٰ).

وقال زفرُ رحمه الله، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله: إنها تُقبلُ فيما يجري فيه التسامُعُ[1]؛ لأن الحاجةَ فيه إلىٰ السماع، ولا خَلَلَ فيه.

وقال أبو يوسف والشافعيُّ[2] رحمهما الله: يجوزُ إذا كان بصيراً وقتَ التحمُّل؛ لحصول العلمِ بالمعاينة، والأداءُ يختصُّ بالقول، ولسانُه غيرُ مَؤوفٍ[3]، والتعريفُ يَحصلُ بالنسبة[4]، كما في الشهادة علىٰ الميت.

---

(١) كالنسب، والموت.

(٢) الأم ٤٨/٧.

(٣) أي لم تُصبه آفةٌ، يُقال: إِيْفَ فلانٌ ـ علىٰ وزن: قيل. تاج العروس (أوف) ـ: أي أصابته آفةٌ، فهو مَؤُوف، علىٰ مثال: مَصُوف. البناية ٣٧٧/١١، وفي مختار الصحاح (أوف): علىٰ وزن: مَعُوف.

(٤) أي تعريف المشهود عليه يحصل بالنسبة للأعمىٰ، بأن يقول: أشهد علىٰ فلان بن فلان. البناية ٣٧٧/١١.

ولا المملوكِ، ولا المحدودِ في قَذْفٍ وإن تاب.

ولنا: أنَّ الأداءَ يَفتقرُ إلىٰ التمييز بالإشارة بين المشهودِ له، والمشهودِ عليه، ولا يُميِّزُ الأعمىٰ إلا بالنَّغْمة، وفيه شُبْهةٌ يُمكن التحرزُ عنها بجنس الشهود.

والنسبةُ[1] لتعريف الغائب، دون الحاضر، فصار كالحدود والقصاص.

ولو عَمِيَ بعد الأداء: يمتنعُ القضاءُ[2] عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله؛ لأن قيامَ أهليةِ الشهادةِ شَرْطٌ وقتَ القضاء؛ لصيرورتها حجةً عنده[3]، وقد بطلت، وصار كما إذا خَرِسَ، أو جُنَّ، أو فَسَقَ.

بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا؛ لأن الأهليةَ بالموت قد انتهت[4]، وبالغَيْبة ما[5] بطلت.

قال: (ولا المملوكِ)؛ لأن الشهادةَ من باب الولاية، وهو لا يلي نفسَه، فأَوْلىٰ أن لا تثبتَ له الولايةُ علىٰ غيره.

قال: (ولا المحدودِ في قَذْفٍ وإن تاب).

لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾. النور/ ٤.

---

(١) هذا جوابٌ عن قوله: والتعريف يحصل بالنسبة.

(٢) أي لم يجز الحكمُ بها.

(٣) أي عند القاضي.

(٤) أي تقرَّرت، والشيء يتقرر بانتهائه.

(٥) ما: نافية، أي ما بطلت الشهادة.

ولا شهادةُ الوالدِ لولدِه، ووَلَدِ وَلَدِه، ولا شهادةُ الولدِ لأبويه، وأجدادِه.

ولأنه[١] من تمامِ الحَدِّ؛ لكونه مانعاً[٢]، فيبقىٰ بعد التوبةِ كأصله.

بخلاف المحدودِ في غيرِ القذف؛ لأن الردَّ للفسق، وقد ارتفع بالتوبة.

وقال الشافعي[٣] رحمه الله: تُقبَلُ إذا تاب؛ لقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾. النور/٥، استثنىٰ التائبَ.

قلنا: الاستثناءُ يَنْصرِفُ إلىٰ ما يليه، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ﴾. النور/٤، أو هو استثناءٌ منقَطِعٌ، بمعنىٰ: لكن.

ولو حُدَّ الكافرُ في قَذْفٍ، ثم أسلم: تُقبلُ شهادتُه؛ لأن للكافر شهادةً، فكان ردُّها من تمام الحَدِّ، وبالإسلام: حَدَثَتْ له شهادةٌ أخرىٰ.

بخلاف العبد إذا حُدَّ[٤]، ثم أُعتق[٥]؛ لأنه لا شهادةَ للعبد أصلاً، فتمامُ حَدِّه: بردِّ شهادتِه بعد العتق.

قال: (ولا شهادةُ الوالدِ لولدِه، ووَلَدِ وَلَدِه، ولا شهادةُ الولدِ لأبويه، وأجدادِه).

---

(١) أي رد الشهادة.

(٢) أي زاجِراً.

(٣) الأم ٦/٢٢٦.

(٤) أي حدَّ القذف.

(٥) حيث لا تُقبل شهادته عندنا.

. . . .

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا تُقبلُ شهادةُ الولدِ لوالده، ولا الوالدِ لولدِه، ولا المرأةِ لزوجِها، ولا الزوجِ لامرأتِه، ولا العبدِ لسيِّدِه، ولا المولىٰ لعبدِه، ولا الأجيرِ لمَن استأجَرَه»[١].

ولأن المنافعَ بين الأولادِ والآباءِ متصلَةٌ، ولهذا لا يجوزُ أداءُ الزكاةِ إليهم، فتكونُ شهادةً لنفسه من وجهٍ، أو تتمكَّنُ فيه التهمةُ[٢].

قال العبد الضعيف[٣]: والمرادُ بالأجير[٤] علىٰ ما قالوا[٥]: التلميذُ الخاصُّ: الذي يَعُدُّ ضررَ أستاذِه: ضررَ نفسه، ونفعَه: نفعَ نفسه، وهو معنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادةَ للقانِعِ[٦] بأهل البيت»[٧].

---

(١) قال في الدراية ١٧٢/٢: لم أجده، ويقال: إن الخَصَّاف أخرجه بإسناده مرفوعاً. اهـ، قال في التعريف والإخبار ٣٩٩/٢، ومنية الألمعي ص٤٠١: أخرجه الخصاف في «أدب القاضي» له، ثم ساق العلامة قاسم سندَ الخصاف المتصل عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

(٢) وفي نُسخ: الشبهة.

(٣) وفي نُسخ: قال المصنِّف رحمه الله، وفي نُسخ: قال رضي الله عنه، وهكذا يختلف النسُّاخ في صيغة ذِكْر المؤلف رحمه الله، كما تقدَّم في الدراسة.

(٤) أي المذكور في الحديث السابق.

(٥) أي المشايخ.

(٦) القانعُ: هو التابع لأهل البيت، كالخادم لهم، وقيل: المتعلِّمُ الذي يأكل في بيت أستاذه. ينظر البناية ٣٨٧/١١.

(٧) سنن أبي داود (٣٦٠٠)، سنن الترمذي (٢٢٩٨)، قال الترمذي: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد، ويزيد: يُضعَّف، مسند أحمد (٦٦٩٨).

ولا تُقبَلُ شهادةُ أحدِ الزوجين للآخَر، ولا شهادةُ المولىٰ لعبدِه.

وقيل: المرادُ[١]: الأجيرُ مُسانَهَةً، أو مُشاهَرَةً، أو مُياومَةً، فيستوجبُ الأجرَ بمنافعه عند أداءِ الشهادة، فيصيرُ كالمستأجَرِ عليها.

قال: (ولا تُقبَلُ شهادةُ أحدِ الزوجين للآخَر).

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: تُقبَلُ؛ لأن الأملاكَ بينهما متميِّزةٌ[٣]، والأيدي متحيِّزةٌ[٤]، ولهذا يجري القصاصُ، والحبسُ بالدَّيْن بينهما.

ولا مُعتبرَ بما فيه من النفع؛ لثبوته ضِمْناً، كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلِس.

ولنا: ما روينا[٥]، ولأن الانتفاعَ متصلٌ عادةً، وهو المقصودُ، فيصيرُ شاهداً لنفسه من وجهٍ، أو يصيرُ متَّهَماً.

بخلاف شهادةِ الغريم؛ لأنه لا ولايةَ له علىٰ المشهود به[٦].

قال: (ولا شهادةُ المولىٰ لعبدِه)؛ لأنها[٧] شهادةٌ لنفسه من كلِّ وجهٍ إذا لم يكن علىٰ العبد دَيْنٌ، أو من وَجْهٍ إن كان عليه دينٌ؛ لأن الحالَ موقوفٌ مراعىً.

---

(١) أي المراد بالأجير المذكور في الحديث السابق.

(٢) الحاوي الكبير ١٧/١٦٦.

(٣) أي يدُ كلٍّ منهما في حيِّز غير حيِّز الأخرىٰ، فلا اختلاط فيها.

(٤) أي مجتمعة بنفسها، غير متصرِّفةٍ في ملك الغير.

(٥) في الحديث المتقدم قريباً: «لا تُقبل شهادة الولد لوالده...».

(٦) وهو المال.

(٧) هكذا: لأنها: في نسخة ٧١٩هـ، وفي غالب النسخ: لأنه: بالتذكير.

ولا لمكاتَبِه، ولا شهادةُ الشريكِ لشريكه فيما هو من شركتِهما.

وتُقبلُ شهادةُ الأخِ لأخيه، وعَمِّه.

ولا تُقبلُ شهادةُ مُخَنَّثٍ. ولا نائحةٍ، ولا مُغَنِّيةٍ.

قال: (ولا لمكاتَبِه)؛ لِمَا قلنا.

قال: (ولا شهادةُ الشريكِ لشريكه فيما هو من شركتِهما)؛ لأنها[(١)] شهادةٌ لنفسه من وجهٍ؛ لاشتراكهما.

ولو شَهِدَ بما ليس من شركتهما: تُقبَلُ؛ لانتفاء التهمة.

قال: (وتُقبلُ شهادةُ الأخِ[(٢)] لأخيه، وعَمِّه)؛ لانعدام التهمة؛ لأن الأملاكَ ومنافعَها متباينةٌ، ولا بُسُوطةَ لبعضهم في مالِ البعض.

قال: (ولا تُقبلُ شهادةُ مُخَنَّثٍ).

ومرادُه: المُخنَّثُ في الرديءِ من الأفعال؛ لأنه فاسقٌ، فأما الذي في كلامه لِينٌ، وفي أعضائه تكسُّرٌ[(٣)]: فهو مقبولُ الشهادة.

قال: (ولا نائحةٍ، ولا مُغَنِّيةٍ)؛ لأنهما ترتكبان محرَّماً، فإنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن الصوتَيْن الأحمقَيْن[(٤)]: النائحةِ، والمغنِّية[(٥)].

---

(١) هكذا: لأنها: في نسخة ٧٩٨هـ نسخة الإمام الأسعدي، وفي غالب النسخ: لأنه.

(٢) وفي نُسخ: الرجل. بدل: الأخ.

(٣) أي خِلقةً. البناية ١١/٣٩١، وحاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٤) هذا من باب إطلاق اسم المَحَلِّ علىٰ الحالِّ؛ لأن الأحمق: اسمٌ للذات المتصفة بالحُمق، وأطلقه علىٰ الصوت. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٥) سنن الترمذي (١٠٠٥)، وحسَّنه، وينظر نصب الراية ٤/٨٤.

ولا مُدْمِنِ الشُّرْب علىٰ اللهو.

ولا مَن يَلعبُ بالطيور، ولا مَن يُغنِّي للناس.

ولا مَن يأتي باباً من الكبائر التي يتعلَّق بها الحَدُّ.

ولا مَن يَدخُلُ الحَمَّامَ بغير إزارٍ.

قال: (ولا مُدْمِنِ الشُّرْب[١] علىٰ اللهو)؛ لأنه ارتكبَ محرَّمَ دِيْنِه.

قال: (ولا مَن يَلعبُ بالطيور)؛ لأنه يُورِثُ غفلةً.

ولأنه قد يقفُ علىٰ عوراتِ النساء بصعوده سَطْحَه لِيُطيِّر طيرَه.

وفي بعض النُّسَخ[٢]: ولا مَن يَلعبُ بالطُّنْبُور، وهو المُغَنِّي.

قال: (ولا مَن يُغنِّي[٣] للناس)؛ لأنه يَجمَعُ الناسَ علىٰ ارتكاب كبيرةٍ.

قال: (ولا مَن يأتي باباً من الكبائر التي يتعلَّق بها الحَدُّ)؛ للفسق.

قال: (ولا مَن يَدخُلُ الحَمَّامَ بغير إزارٍ[٤])؛ لأن كَشْفَ العورةِ حرامٌ.

وقد أُنشِدَ عن أبي حنيفة رحمه الله:

ألا يا عبادَ اللهِ خافوا إلهكَم ولا تدخلوا الحَمَّامَ إلا بمِئزر[٥].

---

(١) أي جميع الأشربة المحرَّمة من الخمر، والسَّكَر، ومنهم مَن فسَّره بالإدمان علىٰ شرب غير الخمر علىٰ اللهو؛ لأن شربَ الخمر أصلاً فسقٌ. البناية ١١/٣٩٢.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) أي الغناء المحرَّم.

(٤) وفي نُسخ: مئزر.

(٥) هذا البيت من الشعر مثبتٌ في نُسخة سعدي وغيرها، دون أخرىٰ.

ولا مَن يأكل الربا، أو يُقامِرُ بالنَّرْدِ والشِّطْرَنْج.

ولا مَن يَفعلُ الأفعالَ المُستَخَفَّةَ، كالبول علىٰ الطريق، والأكلِ علىٰ الطريق.

قال: (ولا مَن يأكل الربا[1]، أو يُقامِرُ بالنَّرْدِ والشِّطْرَنْج)؛ لأن كلَّ ذلك من الكبائر.

وكذلك مَن تَفوتُه الصلاةُ؛ للاشتغال بهما[2].

فأما مجرَّدُ اللعبِ بالشِّطْرنج: فليس بفِسْقٍ مانعٍ من الشهادة؛ لأن للاجتهاد فيه مَساغاً[3].

وشَرَطَ في «الأصل[4]» أن يكونَ آكلُ الربا مشهوراً به؛ لأن الإنسانَ قلَّما ينجو عن مباشرة العقودِ الفاسدة، وكلُّ ذلك رباً، فلا تسقط العدالةَ ما لم يكن مشهوراً بذلك.

قال: (ولا مَن يَفعلُ الأفعالَ المُستَخَفَّةَ[5]، كالبول علىٰ الطريق، والأكلِ علىٰ الطريق)؛ لأنه تاركٌ للمُروءَةِ، وإذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك: لا يَمتنعُ عن الكذب، فيُتَّهمُ.

---

(١) وفي نُسخ: أو يأكل الربا، أو يقامر.

(٢) أي النرد والشطرنج.

(٣) حيث أباح الإمام الشافعي اللعبَ به مع الكراهة. أسنى المطالب ٤/٣٤٣.

(٤) ١١/٥١١.

(٥) وفي نُسخ: المستحقرة، وكَتَبَ مُحشِّي نسخة ٧٣٨هـ بجانب: مستَخَفَّة: أصح؛ ترجيحاً لها، كما نقل في البناية ١١/٣٩٩ تصحيحَها عن صاحب المُغرب ١/٣٨٨.

والمستخفَّة: هي التي نُسِب صاحبُها إلىٰ السُّخْف، وهو ضعيف العقل.

ولا تُقبَلُ شهادةُ مَن يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ.

وتُقبلُ شهادةُ أهلِ الأهواء، إلا الخَطَّابيَّةَ.

قال: (ولا تُقبَلُ شهادةُ مَن يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ[١])؛ لظهور فِسْقِه، بخلاف مَن يكتمُه.

قال: (وتُقبلُ شهادةُ أهلِ الأهواء، إلا الخَطَّابيَّةَ[٢]).

وقال الشافعي[٣] رحمه الله: لا تُقبلُ[٤]؛ لأنه أغلظُ وجوهِ الفسق.

ولنا: أنه فِسْقٌ من حيثُ الاعتقادُ، وما أوقعَه فيه إلا تديُّنُه به، فيمتنعُ عن الكذب، وصار كمَن يَشربُ المُثَلَّثَ[٥]، أو يأكلُ متروكَ التسميةِ عامداً[٦]، مستبيحاً لذلك[٧].

---

(١) أي يسبُّ الصحابةَ والتابعين، وأيضاً يُراد بالسلف: كلُّ مَن يُقلِّدُ مذهبُه. ينظر البناية ١١/٤٠٠.

(٢) نسبةً لأبي الخطاب، رجلٌ كان بالكوفة، قَتَلَه عيسىٰ بن موسىٰ العباسي، والي الكوفة، ابنُ أخي السفاح، ت ١٦٧هـ، وهم غُلاةُ الروافض، يزعمون أن علياً رضي الله عنه هو الإله الأكبر، وينظر البناية ١١/٤٠١، وسيُبيِّن حالَهم المصنِّف بعد قليل.

(٣) الحاوي الكبير ١٧/١٦٨.

(٤) أي شهادة أهل الأهواء.

(٥) أي من الحنفية، والمثلَّث هو: ما طُبِخ من ماء العنب حتىٰ يذهب ثلثاه، ويبقىٰ الثلث، ويسمىٰ بالطلاء. تبيين الحقائق ٦/٤٦.

(٦) من الشافعية. البناية ١١/٤٠٢. قلت: لكن سيأتي تعليقي في كتاب الذبائح أن حرمة متروك التسمية عمداً هو ما اعتمده المصنِّف المرغيناني، وهو قول أبي يوسف، وبيَّنت هناك أن أبا حنيفة ومحمداً رحمهما الله يقولان بحِلِّه، فلينظر.

(٧) فإنه لا تُردُّ شهادته.

وتُقبَلُ شهادةُ أهلِ الذِّمَّة بعضِهم علىٰ بعضٍ وإن اختلفت مِلَلُهم.

بخلاف الفِسْق من حيث التعاطي.

أما الخطَّابيةُ: فهم قومٌ من غُلاةِ الروافض، يُنسبون إلىٰ أبي الخطاب الكوفي، يعتقدون الشهادةَ لكلِّ مَن حَلَفَ عندهم، وقيل: يَرَوْن الشهادةَ لشِيْعتِهم واجبةً، فتتمكَّنُ التهمةُ في شهادتهم؛ لظهور فِسْقهم.

قال: (وتُقبَلُ شهادةُ أهلِ الذِّمَّة بعضِهم علىٰ بعضٍ وإن اختلفت مِلَلُهم).

وقال مالكٌ[١]، والشافعي[٢] رحمهما الله: لا تُقبل؛ لأنه فاسقٌ.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلۡكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ[٣]﴾. البقرة/٢٥٤، فيجبُ التوقُّفُ في خبره[٤]، ولهذا لا تُقبلُ شهادتُه علىٰ المسلم، فصار كالمرتد.

ولنا: ما رُوي أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أجاز شهادةَ النصارىٰ[٥] بعضِهم علىٰ بعضٍ.

ولأنه من أهل الولايةِ علىٰ نفسِه وأولادِه الصغار، فيكونُ من أهل الشهادةِ علىٰ جنسه.

---

(١) الكافي ٢/٩١٧.

(٢) الحاوي الكبير ١٧/٦١.

(٣) أي الفاسقون. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٤) لقوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾. الحجرات/٦.

(٥) لفظ سنن ابن ماجه (٢٣٧٤): أهل الكتاب، وبهذا يُطابق الحديثُ الاستدلال.

قال البوصيري في الزوائد: فيه مجالد بن سعيد، وهو ضعيفٌ، والسنن الكبرىٰ للبيهقي (٢٠٦٢٧)، ولذا قال في نصب الراية ٤/٨٥: غريبٌ بهذا اللفظ.

ولا تُقبلُ شهادةُ الحربيِّ علىٰ الذميِّ.

والفِسْقُ من حيثُ الاعتقادُ غيرُ مانعٍ؛ لأنه يَجتنبُ ما يَعتقدُه محرَّمَ دِيْنِه، والكذبُ محظورُ الأديان كلِّها.

بخلاف المرتدِّ؛ لأنه لا ولايةَ له.

وبخلاف شهادةِ الذميِّ علىٰ المسلم؛ لأنه لا ولايةَ له بالإضافة إليه[1]، ولأنه[2] يتقوَّل عليه؛ لأنه[3] يَغِيْظُه قهرُه إياه.

ومِلَلُ الكفرِ[4] وإن اختلفتْ: فلا قَهْرَ، فلا يَحمِلُهم الغيظُ علىٰ التقول.

قال: (ولا تُقبلُ شهادةُ الحربيِّ علىٰ الذميِّ)، أراد به والله أعلم: المستأمِنَ؛ لأنه لا ولايةَ له عليه؛ لأن الذميَّ من أهل دارِنا، وهو أعلىٰ حالاً[5] منه.

وتُقبلُ شهادةُ الذميِّ عليه، كشهادة المسلمِ عليه، وعلىٰ الذمي.

وتُقبلُ شهادةُ المستأمِنينَ بعضِهم علىٰ بعضٍ إذا كانوا من أهل دارٍ واحدة.

فإن كانوا من دارَيْن، كالروم والتُّرْك: لا تُقبَل؛ لأن اختلافَ الدارَيْن يَقطعُ الولايةَ، ولهذا يَمنعُ التوارثَ.

---

(١) أي بالنسبة إلىٰ المسلم، يعني ولايته بالنسبة إلىٰ المسلم معدومةٌ.

(٢) أي الذمي.

(٣) أي لأن المسلم، أو يعود الضمير للشأن، أي لأن الشأن يُغيظ ويُسخِط الذميَّ قهرُ المسلم له، وهذا يجعل الذميَّ يتقوَّل علىٰ المسلم. البناية ١١/٤٠٥.

(٤) هذا جوابٌ عن سؤالٍ. ينظر البناية ١١/٤٠٥.

(٥) وفي نُسخ: رُتبةً.

وإن كانتِ الحسناتُ أغلبَ من السيئات، والرجلُ ممَّن يجتنبُ الكبائرَ: قُبلتْ شهادتُه وإنْ ألَمَّ بمعصيةٍ.

وتُقبلُ شهادةُ الأَقْلف، والخَصِيِّ، وولدِ الزنا.

بخلاف الذمي: لأنه من أهلِ دارنا، ولا كذلك المستأمِن.

قال: (وإن كانتِ الحسناتُ أغلبَ من السيئات، والرجلُ ممَّن يجتنبُ الكبائرَ: قُبلتْ شهادتُه وإنْ ألَمَّ بمعصيةٍ).

هذا هو الصحيحُ في حَدِّ العدالة المعتَبرَة، إذْ لا بدَّ من توقِّي الكبائرِ كلِّها، وبعد ذلك يُعتبرُ الغالبُ، كما ذكرنا.

فأما الإلمامُ بمعصيةٍ: لا تَنقدِحُ به العدالةُ المشروطةُ، ولا تُرَدُّ به الشهادةُ المشروعةُ؛ لأن في اعتبارِ اجتنابِه الكلَّ: سَدَّ بابِه[١]، وهو مفتوحٌ؛ إحياءً للحقوق.

قال: (وتُقبلُ شهادةُ الأَقْلف)؛ لأنه[٢] لا يُخِلُّ بالعدالة، إلا إذا تَركَه استخفافاً بالدِّيْن؛ لأنه لم يَبْقَ بهذا الصنيعِ عَدْلاً.

قال: (والخَصِيِّ)؛ لأن عمرَ رضي الله عنه قَبِلَ شهادةَ علقمةَ الخَصِيِّ[٣].

ولأنه قُطِعَ عضوٌ منه ظُلماً، فصار كما إذا قُطعت يدُه.

قال: (وولدِ الزنا)؛ لأن فِسْقَ الأبوين لا يوجِبُ فسقَ الولد، ككفرهما وهو مسلمٌ.

---

(١) أي باب قبول الشهادة.

(٢) أي تَرْك الخِتَان.

(٣) المصنف لابن أبي شيبة (٢٣٢١٩)، وينظر البناية ١١/٤٠٩، الدراية ٢/١٧٣.

وشهادةُ الخُنثىٰ : جائزةٌ، وشهادةُ العُمَّال : جائزةٌ.

وإذا شَهِدَ الرجلان أن أباهما أوصىٰ إلىٰ فلانٍ، والوصيُّ يدَّعي ذلك : فهو جائزٌ؛ استحساناً، وإن أنكرَ الوصيُّ : لم يَجُزْ.

وقال مالكٌ[١] رحمه الله: لا تُقبل[٢] في الزنا؛ لأنه يُحِبُّ أن يكون غيرُه كمثله، فيُتَّهم.

قلنا: العدلُ لا يختارُ ذلك، ولا يَستَحِبُّه، والكلامُ في العدل.

قال: (وشهادةُ الخُنثىٰ: جائزةٌ)؛ لأنه رجلٌ، أو امرأةٌ، وشهادةُ الجنسين مقبولةٌ بالنص[٣].

قال: (وشهادةُ العُمَّال: جائزةٌ).

والمرادُ: عمَّالُ السلطانِ عند عامة المشايخ رحمهم الله، لأنَّ نفسَ العمل ليس بفسقٍ، إلا إذا كانوا أعواناً علىٰ الظلم.

وقيل: العاملُ إذا كان وجيهاً في الناس، ذا مُروءةٍ، لا يُجازِفُ في كلامه: تُقبلُ شهادتُه، كما مَرَّ عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق؛ لأنه لوجاهته: لا يُقْدِمُ علىٰ الكذب؛ حفظاً للمروءة، ولمَهابتِه: لا يُستأجَرُ علىٰ الشهادةِ الكاذبة.

قال: (وإذا شَهِدَ الرجلان أن أباهما أوصىٰ إلىٰ فلانٍ، والوصيُّ يدَّعي ذلك: فهو جائزٌ؛ استحساناً، وإن أنكرَ الوصيُّ: لم يَجُزْ).

---

(١) التلقين ص١٦٤.

(٢) أي لا تقبل شهادة ولد الزنا في الشهادة علىٰ الزنا.

(٣) وهو قولُه تعالىٰ: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾. البقرة/٢٨٢.

. . . .

وفي القياس: لا يجوزُ وإن ادَّعىٰ.

وعلىٰ هذا: إذا شَهِدَ الموصَىٰ لهما بذلك[1]، أو غريمان لهما علىٰ الميت دَيْنٌ، أو للميت عليهما دينٌ، أو شَهِدَ الوصيَّان أنه أوصىٰ إلىٰ هذا الرجل معهما.

وجهُ القياس: أنها شهادةٌ للشاهد؛ لعَوْد المنفعة إليه.

وجهُ الاستحسان: أن للقاضي ولايةَ نَصْبِ الوصيِّ إذا كان طالباً، والموتُ معروفٌ[2]، فيُكفَىٰ القاضي بهذه الشهادة مؤنةَ التعيين، لا أن يَثبتَ بها شيءٌ، فصار كالقُرْعة.

والوصيَّان إذا أقرَّا أنَّ معهما ثالثاً: يملكُ القاضي نَصْبَ ثالثٍ معهما؛ لعَجْزِهما عن التصرُّف باعترافهما.

بخلاف ما إذا أنكر[3]، أو لم يُعرَفِ الموتُ؛ لأنه ليس له ولايةُ نَصْبِ الوصيِّ في حياة الموصي، فتكونُ الشهادةُ هي الموجِبةَ.

وفي الغريمَيْن للميت عليهما دينٌ: تُقبلُ الشهادةُ وإن لم يكنِ الموتُ معروفاً؛ لأنهما يُقِرَّان علىٰ أنفسهما، فيثبتُ الموتُ باعترافهما في حقِّهما.

---

(١) أي الموصَىٰ لهما بالمال شَهِدَا أن الميت جعل زيداً وصياً علىٰ أولاده وأمواله. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) وفي نسخ: معروفاً.

(٣) أي الوصي. البناية ٤١٣/١١، وجاء خطأً في طبعات الهداية: أنكرا. بالتثنية.

وإن شَهِدَ اثنان أن أباهما الغائبَ وكَّله بقبض ديونِه بالكوفة، فادعىٰ الوكيلُ، أو أنكر: لم تُقبل شهادتُهما.

ولا يَسمعُ القاضي الشهادةَ علىٰ جَرْحٍ، ولا يَحكمُ بذلك.

ولو أقام رجلٌ البينةَ أن المدِّعيَ استأجر. . . . .

قال: (وإن شَهِدَ اثنان أن أباهما الغائبَ وكَّله بقبض ديونِه بالكوفة، فادعىٰ الوكيلُ، أو أنكر: لم تُقبل شهادتُهما).

لأن القاضيَ لا يملكُ نَصْبَ الوكيلِ عن الغائب، فلو ثبت: إنما يثبتُ بشهادتهما، وهي غيرُ موجِبَةٍ؛ لمكان التهمة.

قال: (ولا يَسمعُ القاضي الشهادةَ[١] علىٰ جَرْحٍ[٢]، ولا يَحكمُ بذلك).

لأن الفسقَ مما لا يَدخلُ تحتَ الحُكْم؛ لأنَّ له الدفعَ بالتوبة، فلا يتحقَّقُ الإلزامُ.

ولأنَّ فيه هَتْكَ السِّتْر، والسَّتْرُ واجبٌ، والإشاعةُ حرامٌ، وإنما يُرَخَّصُ[٣] ضرورةَ إحياءِ الحقوق، وذلك فيما يدخلُ تحتَ الحكم.

إلا إذا شهد الشهودُ علىٰ إقرارِ المدعي بذلك[٤]: تُقبَلُ؛ لأن الإقرارَ مما يدخلُ تحتَ الحكم.

قال: (ولو أقام رجلٌ)، أي المدَّعىٰ عليه، (البينةَ أن المدِّعيَ استأجر

---

(١) وفي نُسخ: البينة.

(٢) أي جَرْحٍ مجرَّدٍ، وهو ما يتضمن النسبةَ إلىٰ الفسق.

(٣) أي في إشاعة الفاحشة.

(٤) أي أنهم فسقةٌ.

الشهودَ: لم تُقبل.

ومَن شَهِدَ ولم يَبرَحْ حتىٰ قال: أُوهِمْتُ بعضَ شهادتي، فإن كان عدْلاً: جازتْ شهادتُه.

الشهودَ: لم تُقبل)؛ لأنها[1] شهادةٌ علىٰ جَرْحٍ مجرَّدٍ.

والاستئجارُ وإن كان أمراً زائداً عليه فلا خصمَ في إثباته، لأن المدعىٰ عليه في ذلك أجنبيٌّ عنه.

حتىٰ لو أقام المدعىٰ عليه البينةَ أن المدِّعيَ استأجرَ الشهودَ بعشرةِ دراهمَ ليؤدُّوا الشهادةَ، وأعطاهم العشرةَ من ماليَ الذي كان في يده: تُقبلُ؛ لأنه خصمٌ في ذلك، ثم يثبتُ الجَرْحُ بناءً عليه.

وكذا إذا أقامها علىٰ أني صالحتُ الشهودَ علىٰ كذا من المال، ودفعتُه إليهم علىٰ أن لا يَشهدوا عليَّ بهذا الباطل، وقد شهدوا، وطالَبَهم بردِّ ذلك المال.

ولهذا قلنا: إنه لو أقام البينةَ أن الشاهدَ عبدٌ، أو محدودٌ في قذفٍ، أو شاربُ خمرٍ، أو قاذِفٌ[2]، أو شريكُ المدعي: تُقبل.

قال: (ومَن شَهِدَ ولم يَبرَحْ[3] حتىٰ قال: أُوهِمْتُ[4] بعضَ شهادتي، فإن كان عدْلاً: جازتْ شهادتُه).

ومعنىٰ قولِه: أُوْهِمْتُ: أي أخطأتُ بنسيانِ ما كان يَحِقُّ عليَّ ذِكْرُه، أو

---

(١) وفي نُسخ: لأنه. بالتذكير.

(٢) وفي نُسخ: كاذبٌ.

(٣) أي من المجلس.

(٤) وضُبطت في نُسخ: أَوْهَمْتُ.

. . . .

بزيادةٍ كانت باطلةً.

ووجهُه: أن الشاهدَ قد يُبتلَىٰ بمِثله؛ لمَهابةِ مجلسِ القاضي[١]، فكان العُذْرُ واضحاً، فتُقبلُ إذا تداركَه في أوانِه وهو عدلٌ.

بخلاف ما إذا قام عن المجلس، ثم عاد، وقال: أُوْهِمْت[٢]؛ لأنه يُوهِمُ الزيادةَ من المدعي بتلبيسٍ وخِيانةٍ، فوجب الاحتياطُ.

ولأن المجلسَ إذا اتَّحد: لَحِقَ المُلحَقُ بأصل الشهادة، فصار ككلامٍ واحدٍ، ولا كذلك إذا اختلف.

وعلىٰ هذا: إذا وَقَعَ الغَلَطُ في بعضِ الحدود، أو في بعضِ النَّسَب.

وهذا إذا كان موضعَ شبهةٍ، فأما إذا لم يكن: فلا بأسَ بإعادة الكلامِ أصلاً، مثلُ أن يَدَعَ لفظةَ الشهادة، وما يجري مَجْرىٰ ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه يُقبَلُ قولُه في غير المجلسِ إذا كان عدلاً، والظاهر[٣] ما ذكرناه، والله تعالىٰ أعلم

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: مجلس القضاء.

(٢) وضبطت في نُسخ: أَوْهَمْتُ.

(٣) أي ظاهر الرواية.

باب
الاختلاف في الشهادة

الشهادةُ إذا وافقتِ الدعوىٰ : قُبِلَتْ، وإن خالفَتْها : لم تُقبَل .

ويُعتبرُ اتفاقُ الشاهدَيْن في اللفظِ والمعنىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله ، فإن شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفين : لم تُقبَلِ الشهادةُ عنده .

وعندهما : تُقبل علىٰ الألف إذا كان المدعي يدَّعي الألفَيْن .

باب الاختلاف في الشهادة

قال: (الشهادةُ إذا وافقتِ الدعوىٰ: قُبِلَتْ، وإن خالفَتْها: لم تُقبَل)؛ لأن تقدُّمَ الدعوىٰ في حقوقِ العبادِ شَرْطُ قبولِ الشهادة، وقد وُجِدَتْ فيما يوافِقُها، وانعدمت[1] فيما يُخالفُها.

قال: (ويُعتبرُ اتفاقُ الشاهدَيْن في اللفظِ والمعنىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله ، فإن شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفين: لم تُقبَلِ الشهادةُ عنده.

وعندهما: تُقبل علىٰ الألف إذا كان المدعي يدَّعي الألفَيْن).

وعلىٰ هذا: المائةُ والمائتان، والطَّلْقةُ والطلقتان، والطلقةُ والثلاثُ.

لهما: أنهما اتفقا علىٰ الألف، أو الطلقةِ، وتفرَّد أحدُهما بالزيادة، فيثبتُ ما اجتمعا عليه، دون ما تفرَّد به أحدُهما، فصار كالألف والألف والخمسمائة.

---

(١) وفي نُسخ: أو انعدمت.

وإذا شهد أحدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ وخمسِمائة، والمدعي يدعي ألفاً وخمسَمائةٍ: قُبِلَتِ الشهادةُ علىٰ الألف بالاتفاق.

وإن قال المدعي: لم يكن لي عليه إلا الألفُ: فشهادةُ الذي شَهِدَ بالألف والخمسِمائةٍ باطلةٌ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنهما اختلفا لفظاً، وذلك يدلُّ علىٰ اختلاف المعنىٰ؛ لأنه[1] يُستفادُ باللفظ، وهذا لأن الألفَ لا يُعبَّرُ به عن الألفين، بل هما جملتان متباينتان، فحصل علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما شاهدٌ واحدٌ، فصار كما إذا اختلف جنسُ المال.

قال: (وإذا شهد أحدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ وخمسِمائة، والمدعي يدعي ألفاً وخمسَمائةٍ: قُبِلَتِ الشهادةُ علىٰ الألف بالاتفاق).

لاتفاق الشاهدَيْن عليها لفظاً ومعنىً؛ لأن الألفَ والخمسَمائةٍ جُملتان، عُطِفَتْ إحداهما علىٰ الأخرىٰ، والعَطْفُ يُقرِّرُ الأولَ[2].

ونظيرُه: الطلقةُ والطلقةُ والنصف، والمائةُ والمائةُ والخمسون.

بخلاف العشرةِ والخمسةَ عشر؛ لأنه ليس بينهما حرفُ العطف، فهو نظيرُ الألفِ والألفين.

قال: (وإن قال المدعي: لم يكن لي عليه إلا الألفُ: فشهادةُ الذي شَهِدَ بالألف والخمسِمائةٍ: باطلةٌ)؛ لأنه كَذَّبه المدعي في المشهود به.

---

(١) أي المعنىٰ.

(٢) وفي نُسخ: الألف.

وإذا شَهِدَا بألفٍ، وقال أحدُهما: إنه قضاه منها خمسَمائةٍ: قُبلت شهادتُه بألفٍ، ولم يُسمَع قولُه: إنه قضاه، إلا أن يَشهَدَ معه آخَرُ.

وينبغي للشاهد إذا عَلِمَ بذلك أن لا يَشهَدَ بألفٍ حتىٰ يُقِرَّ. . . . .

وكذا إذا سكَتَ[1] إلا عن دعوىٰ الألف؛ لأن التكذيبَ ظاهرٌ، فلا بدَّ من التوفيق.

ولو قال: كان أصلُ حَقِّي ألفاً وخمسَمائةٍ، ولكني استوفيتُ خمسَمائةٍ، أو أبرأتُه عنها: قُبِلت؛ لتوفيقه.

قال: (وإذا شَهِدَا بألفٍ، وقال أحدُهما: إنه قضاه منها خمسَمائةٍ: قُبلت شهادتُه[2] بألفٍ)؛ لاتفاقهما عليه، (ولم يُسمَع قولُه: إنه قضاه)؛ لأنه شهادةُ فَرْدٍ، (إلا أن يَشهَدَ معه آخَرُ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُقضَىٰ بخمسِمائةٍ، لأن شاهِدَ القضاءِ مضمونُ شهادتِه: أن لا دَيْنَ إلا خمسَمائةٍ.

وجوابُه: ما قلنا.

قال: (وينبغي للشاهد إذا عَلِمَ بذلك[3] أن لا يَشهَدَ بألفٍ حتىٰ يُقِرَّ

---

(١) أي عن خمسمائة.

(٢) أي شهادة الذي قال: إنه قضاه، وأما شهادة الذي لم يقل: إنه قضاه: فهي مقبولةٌ أصلاً، وقد جاء النص هكذا سليماً: شهادتُه: بالإفراد في نسخة سعدي وغيرها، وهو نصُّ القدوري ومخطوطاته، وكذلك في بداية المبتدي ص٤٨٦، لكن جاء في نُسخ من الهداية خطأً: شهادتهما، بالتثنية، ووقع كذلك خطأً في البناية ٤٢٤/١١، وفتح القدير ٥٠٦/٦، والعناية، وكذلك في طبعات الهداية القديمة.

(٣) أي أنه قضاه نصفَها.

المدعي أنه قَبَضَ خمسَمائةٍ.

وفي «الجامع الصغير»: رجلان شَهِدَا علىٰ رجلٍ بقَرْض ألفِ درهمٍ، فشَهِدَ أحدُهما أنه قد قضاها: فالشهادةُ جائزةٌ علىٰ القرض.

وإذا شَهِدَ شاهدان أنه قَتَلَ زيداً يومَ النَّحْر بمكة، وشهد آخَران أنه قَتَلَه يومَ النحر بالكوفة، واجتمعوا عند الحاكم: لم يَقبَلِ الشهادتَيْن.

المدعي أنه قَبَضَ خمسَمائةٍ)؛ كي لا يصيرَ مُعِيناً علىٰ الظلم.

(وفي «الجامع الصغير»[1]: رجلان شَهِدَا علىٰ رجلٍ بقَرْض ألفِ درهمٍ، فشَهِدَ أحدُهما أنه قد قضاها: فالشهادةُ جائزةٌ علىٰ القرض)؛ لاتفاقهما عليه، وتفرُّدِ أحدِهما[2] بالقضاء، علىٰ ما بيَّنَّا.

وذَكَرَ الطحاويُّ رحمه الله عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا تُقبَلُ، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأن المدعي أكذبَ شاهِدَ القضاء.

قلنا: هذا إكذابٌ في غير المشهودِ به الأول، وهو القرضُ، ومثلُه لا يَمنعُ القبولَ.

قال: (وإذا شَهِدَ شاهدان أنه قَتَلَ زيداً يومَ النَّحْر بمكة، وشهد آخَران أنه قَتَلَه يومَ النحر بالكوفة، واجتمعوا عند الحاكم: لم يَقبَلِ الشهادتَيْن)؛ لأن إحداهما كاذبةٌ بيقينٍ، وليست إحداهما بأَوْلىٰ من الأخرىٰ.

---

(١) ص١٩٦.

(٢) وضُبطت هذه الجملة في نُسخ هكذا: وتفرَّدَ أحدُهما.

فإن سَبَقَتْ إحداهما، وقُضِيَ بها، ثم حضرتِ الأخرىٰ : لم تُقبَل.

وإذا شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه سَرَقَ بقرةً، واختلفا في لونها : قُطِعَ.

وإن قال أحدُهما : بقرةٌ، وقال الآخَرُ : ثَوْرٌ : لم يُقطَع، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا يُقطَعُ في الوجهَيْن جميعاً.

(فإن سَبَقَتْ إحداهما، وقُضِيَ[1] بها، ثم حضرتِ الأخرىٰ: لم تُقبَل[2])؛ لأن الأُولىٰ ترجَّحتْ باتصال القضاءِ بها، فلا تنتَقِضُ بالثانية.

قال: (وإذا شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه سَرَقَ بقرةً، واختلفا في لونها: قُطِعَ.

وإن قال أحدُهما: بقرةٌ[3]، وقال الآخَرُ: ثَوْرٌ: لم يُقطَع، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يُقطَعُ في الوجهَيْن جميعاً).

وقيل: الاختلافُ في لونَيْن يتشابهان، كالسَّواد والحُمْرة، لا في السواد والبياض.

وقيل: الاختلافُ في جميع الألوان، وهو الصحيح[4].

لهما: أن السرقةَ في السوداء: غيرُها في البيضاء، فلم يَتِمَّ علىٰ كلِّ فعلٍ نصابُ الشهادة، وصار كالغصب، بل أَوْلىٰ؛ لأن أَمْرَ الحَدِّ أهمُّ، وصار كالذُّكورة والأُنوثة.

وله: أن التوفيقَ ممكِنٌ؛ لأن التحمُّلَ في الليالي من بعيد، واللونان

---

(١) وضُبطت في نُسخ: وقَضَىٰ. بالمعلوم.

(٢) أي في حق إسقاط الأُولىٰ. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) وفي نُسخٍ بالنصب: بقرةً، وقال الآخرُ: ثوراً. قلت: كلٌّ بحسب التقدير.

(٤) قوله: وهو الصحيح: مثبتٌ في نسخة ١٠٣٨هـ.

ومَن شَهِدَ لرجلٍ أنه اشترىٰ عبدَ فلانٍ بألفٍ، وشَهِدَ آخَرُ أنه اشتراه بألفٍ وخمسِمائةٍ: فالشهادةُ باطلةٌ، وكذلك الكتابةُ.

يتشابهان، أو يجتمعان في واحدٍ، فيكون السوادُ من جانبٍ، وهذا يُبْصِرُه، والبياضُ من جانبٍ آخَرَ، والآخَرُ[1] يشاهِدُه.

بخلاف الغصب؛ لأن التحمُّلَ فيه بالنهار علىٰ قُربٍ منه، والذُّكورةُ والأُنوثةُ لا تجتمعان في واحدةٍ.

وكذا الوقوفُ علىٰ ذلك بالقُرْب منه، فلا يَشتبِه.

قال: (ومَن شَهِدَ لرجلٍ أنه اشترىٰ عبدَ فلانٍ بألفٍ، وشَهِدَ آخَرُ أنه اشتراه[2] بألفٍ وخمسِمائةٍ: فالشهادةُ باطلةٌ)؛ لأن المقصودَ إثباتُ السببُ، وهو العقدُ، وذلك يختلفُ باختلاف الثمن، فاختلف المشهودُ به، ولم يَتِمَّ العددُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما.

ولأن المدعيَ يُكذِّبُ أحدَ شاهدَيْه.

وكذا إذا كان المدعي هو البائعَ.

ولا فَرْقَ بين أن يدعيَ المدعي أقلَّ المالَيْن، أو أكثرَهما؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وكذلك الكتابةُ)؛ لأن المقصودَ هو العقدُ: إن كان المدعي هو العبدَ: فظاهرٌ.

وكذا إن كان المدعي هو المولىٰ؛ لأن العتقَ لا يثبتُ قبلَ الأداء، فكان المقصودُ إثباتَ السبب.

---

(١) وفي نُسخ: وهذا.

(٢) وفي نُسخ: اشترىٰ.

والخلعُ، والصلحُ عن دمِ العمد.

فأما النكاح: فإنه يجوزُ بألفٍ؛ استحساناً، وقالا: هذا باطلٌ في النكاح أيضاً.

قال: (و) كذا (الخلعُ)، والإعتاقُ على مالٍ.

(والصلحُ عن دمِ العمد) إن كان المدعي هو المرأةَ، أو[1] العبدَ أو القاتلَ؛ لأن المقصودَ إثباتُ العقد، والحاجةُ ماسَّةٌ إليه.

وإن كانتِ الدعوىٰ من الجانب الآخَر: فهو بمنزلة دعوىٰ الدَّيْن فيما ذكرنا من الوجوه؛ لأنه ثَبَتَ العفوُ والعتقُ والطلاقُ باعتراف صاحبِ الحقِّ، فبقِيَ الدعوىٰ في الدَّيْن.

وفي الرهن: إن كان المدعي هو الراهنَ: لا تُقبَل[2]؛ لأنه لا حظَّ له في الرهن، فعَرِيَتِ الشهادةُ عن الدعوىٰ.

وإن كان[3] المرتهنَ: فهو بمنزلة دعوىٰ الدَّيْن.

وفي الإجارة: إن كان ذلك في أول المدة: فهو نظيرُ البيع، وإن كان بعد مضيِّ المدة، والمدعي هو الآجِر[4]: فهو دعوىٰ الدَّيْن.

قال: (فأما النكاح: فإنه يجوزُ بألفٍ؛ استحساناً، وقالا: هذا باطلٌ في النكاح أيضاً.

---

(١) وفي نُسخ: والعبد، والقاتل.

(٢) وفي نُسخ: يُقبل. بالياء.

(٣) أي إن كان المدعي المرتهنَ.

(٤) وفي نُسخ: الآجرُ. بضمِّ الراء.

وذُكِرَ في «الأمالي» قولُ أبي يوسف مع قولِ أبي حنيفة رحمهما الله.

وذُكِرَ في «الأمالي[١]» قولُ أبي يوسف مع قولِ أبي حنيفة رحمهما الله).

لهما: أن هذا اختلافٌ في العقد؛ لأن المقصودَ من الجانبين السببُ، فأشبه البيعَ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المالَ في النكاح تابعٌ، والأصلُ فيه الحِلُّ، والازدواجُ، والمِلْكُ، ولا اختلافَ فيما هو الأصلُ، فيَثبتُ، ثم إذا وقع الاختلافُ في التَّبَع: يُقضَىٰ بالأقلِّ؛ لاتفاقهما عليه.

ويستوي دعوىٰ أقلِّ المالَيْن، أو أكثرِهما، في الصحيح.

ثم قيل: الاختلافُ فيما إذا كانت المرأةُ هي المدعيةَ.

وفيما إذا كان المدعي هو الزوجَ: إجماعٌ علىٰ أنه لا تُقبَلُ، لأن مقصودَها قد يكونُ المالَ، ومقصودَه[٢] ليس إلا العقدَ[٣].

وقيل: الاختلافُ[٤] في الفصلَيْن، وهذا أصحُّ، والوجهُ ما ذكرناه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أطلق المصنف: كتاب الأمالي، ولم يعيِّن مُمليها، وهناك أمالي لأبي يوسف ولمحمد رحمهما الله ولغيرهما.

(٢) وفي نُسخ: مقصودُه. بضم الدال. أي الزوج.

(٣) فبَطَلَ، وفي نُسخ: العقدُ: بالضم.

(٤) وفي نُسخ: الخلاف.

فصلٌ
في الشهادة علىٰ الإرث

ومَن أقام بينةً علىٰ دارٍ أنها كانت لأبيه، أعارها، أو أودَعَها الذي هي في يده: فإنه يأخذُها، ولا يُكلَّفُ البينةَ أنه مات، وتَركَها ميراثاً له.

فصلٌ في الشهادة علىٰ الإرث

قال: (ومَن أقام بينةً علىٰ دارٍ أنها كانت لأبيه، أعارها، أو أودَعَها الذي هي في يده: فإنه يأخذُها، ولا يُكلَّفُ البينةَ أنه مات، وتَركَها ميراثاً له).

وأصلُه: أنه متىٰ ثَبَتَ مِلْكُ المورِّثِ: لا يُقضىٰ به للوارث حتىٰ يشهَدَ الشهودُ أنه مات وتَركَها ميراثاً له عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

هو يقولُ: إن مِلْكَ الوارثِ مِلْكُ المورِّثِ، فصارتِ الشهادةُ بالملك للمورِّثِ شهادةً به للوارث.

وهما يقولان: إن ملكَ الوارثِ متجدِّدٌ في حَقِّ العَيْن، حتىٰ يجبُ عليه الاستبراءُ في الجاريةِ المَوْروثة، ويَحِلُّ للوارث الغنيِّ ما كان صدقةً علىٰ المورِّثِ الفقير، فلا بدَّ من النقل، إلا أنه يُكتفَىٰ بالشهادة علىٰ قيام ملكِ المورِّثِ وقتَ الموتِ؛ لثبوت الانتقالِ ضرورةً.

وكذا علىٰ قيامِ يده، علىٰ ما نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

وإن شَهِدُوا أنها كانت في يدِ فلانٍ، ماتَ وهي في يدِه: جازتِ الشهادةُ.

وإن قالوا لرجلٍ حَيٍّ: نشهَدُ أنها كانت في يدِ المدعي منذُ أشهرٍ: لم تُقبَلْ.

وقد وُجِدَتِ الشهادةُ علىٰ اليدِ في مسألة «الكتاب»؛ لأن يدَ المستعيرِ والمودَعِ والمستأجِرِ قائمةٌ مقامَ يدِه، فأغنىٰ ذلك عن الجَرِّ والنقل.

قال: (وإن شَهِدُوا أنها كانت في يدِ فلانٍ، ماتَ وهي في يدِه: جازتِ الشهادةُ)؛ لأن الأيديَ عند الموت تنقلبُ يدَ مِلْكٍ بواسطة الضمان، والأمانةُ تصيرُ مضمونةً بالتجهيل، فصار بمنزلة الشهادةِ علىٰ قيامِ ملكِه وقتَ الموت.

قال: (وإن قالوا لرجلٍ حَيٍّ: نشهَدُ أنها كانت في يدِ المدعي منذُ أشهرٍ: لم تُقبَلْ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنها تُقبَلُ؛ لأن اليدَ مقصودةٌ، كالملك.

ولو شهدوا أنها كانت مِلكَه: تُقبَلُ، فكذا هذا، وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي.

وَجْهُ الظاهر، وهو قولُهما: أن الشهادةَ قامت بمجهول؛ لأن اليدَ مُنْقَضِيةٌ، وهي متنوِّعةٌ إلىٰ ملكٍ وأمانةٍ وضمانٍ، فتعذَّرَ القضاءُ بإعادة المجهولِ، بخلاف الملك؛ لأنه معلومٌ، غيرُ مختلِف.

وبخلاف الأخذِ؛ لأنه معلومٌ، وحُكْمُه معلومٌ، وهو وجوبُ الردِّ.

وإن أقرَّ بذلك المدعىٰ عليه : دُفِعَتْ إلىٰ المدعي .

وإن شَهِدَ شاهدان أنه أَقَرَّ أنها كانت في يدِ المدعي : دُفِعَتْ إليه .

ولأن يدَ ذي اليدِ مُعايَنٌ، ويدَ المدعي مشهودٌ به، و«ليس الخَبَرُ كالمعايَنَة»[1].

قال: (وإن أقرَّ بذلك المدعىٰ عليه: دُفِعَتْ إلىٰ المدعي)؛ لأن الجهالةَ في المُقَرِّ به لا تَمنعُ صحةَ الإقرار.

قال: (وإن شَهِدَ شاهدان أنه أَقَرَّ أنها كانت في يدِ المدعي: دُفِعَتْ إليه)؛ لأن المشهودَ به ها هنا الإقرارُ، وهو معلومٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) تقدم في كتاب القاضي إلىٰ القاضي، ولم ينص المؤلف في كلا الموضعين علىٰ أنه من قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

قلت: وهو حديثٌ مرفوعٌ، صححه ابنُ حبان (الإحسان ٦٢١٣)، وهو أيضاً في مسند أحمد (١٨٤٢)، والمستدرك ٣٥١/٢ (٣٢٥٠)، والأوسط للطبراني (٢٥)، وغيرها، قال المُناوي في فيض القدير ٣٥٧/٥: رَمَزَ المؤلف لحُسْنه، وهو كما قال، أو أعلىٰ، وله طرقٌ. اهـ

وقد فات الزيلعي تخريجه في نصب الراية ٦٠/٤، وكذلك في الدراية ١٧٠/٢، وكذلك العيني في البناية ٢٥٧/١١، وابن الهمام في فتح القدير ٣٨٧/٦.

باب
الشهادة علىٰ الشهادة

الشهادةُ علىٰ الشهادةِ جائزةٌ في كلِّ حَقٍّ لا يَسقطُ بالشُّبْهة.

فلا تُقبَلُ فيما يندرئُ بالشبهات، كالحدود والقصاص.

وتجوزُ شهادةُ شاهدَيْن علىٰ شهادةِ شاهدَيْن.

باب
الشهادة علىٰ الشهادة

قال: (الشهادةُ علىٰ الشهادةِ جائزةٌ في كلِّ حَقٍّ لا يَسقطُ بالشُّبْهة).

وهذا استحسانٌ؛ لشدَّةِ الحاجةِ إليها، إذْ شاهِدُ الأصلِ قد يَعجِزُ عن أداءِ الشهادةِ لبعضِ العوارض، فلو لم تَجُزِ الشهادةُ علىٰ شهادتِه: أدىٰ إلىٰ إتْوَاءِ[1] الحقوق.

ولهذا جوَّزْنا الشهادةَ علىٰ الشهادة وإن كثُرَت[2]، إلا أن فيها شبهةً من حيثُ البدليةُ، أو من حيثُ إن فيها زيادةَ احتمالِ الكذب، وقد أمكنَ الاحترازُ عنه بجنس الشهود.

قال: (فلا تُقبَلُ فيما يندرئُ بالشبهات، كالحدود والقصاص.

وتجوزُ شهادةُ شاهدَيْن علىٰ شهادةِ شاهدَيْن).

---

(١) أي إهلاك وتضييع الحقوق.

(٢) أي وإن بعُدتْ وتعدَّدت إلىٰ العشرة والعشرين بالوسائط.

ولا تُقبلُ شهادةُ واحدٍ علىٰ شهادةِ واحدٍ.

وصفةُ الإشهاد: أن يقولَ شاهِدُ الأصلِ لشاهِدِ الفرع: اِشهَدْ......

وقال الشافعي[١] رحمه الله: لا يجوزُ إلا الأربع[٢]، علىٰ كلِّ أصلٍ اثنان[٣]؛ لأن كلَّ شاهدين قائمان مَقامَ شاهدٍ واحدٍ، فصارا كالمرأتَيْن.

ولنا: قولُ عليٍّ رضي الله عنه: «لا يجوزُ علىٰ شهادة رجلٍ إلا شهادةُ رجلين»[٤].

ولأن نَقْلَ شهادةِ الأصلِ من الحقوق، فهما شَهِدَا بحَقٍّ، ثم شَهِدَا بحَقٍّ آخَرَ، فتُقبل.

قال: (ولا تُقبلُ شهادةُ واحدٍ علىٰ شهادةِ واحدٍ)؛ لِمَا روينا[٥].

وهو حجةٌ علىٰ مالكٍ[٦] رحمه الله.

ولأنه حَقٌّ من الحقوق، فلا بدَّ من نصابِ الشهادة.

قال: (وصفةُ الإشهاد: أن يقولَ شاهِدُ الأصلِ لشاهِدِ الفرع: اِشهَدْ

---

(١) الأم ٧/١٣٠.

(٢) أي أربعة شهود.

(٣) أي شاهدان من الأربع.

(٤) قال في نصب الراية ٤/٨٧: غريبٌ، وفي الدراية ٢/١٧٣: لم أجده، واستدرك عليهما في منية الألمعي ص٤٠١ بقوله: قلت: رواه محمد في الأصل بلاغاً بلفظه.

(٥) أي من قول علي رضي الله عنه.

(٦) لكن نصَّت كُتُب المالكية أنه لا يُقبل في الشهادة أقل من اثنين. التلقين ص١٦٣، الكافي ٢/٩٠٢.

علىٰ شهادتي أني أَشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ أقرَّ عندي بكذا، وأشهَدَني علىٰ نفسه.

وإن لم يقل: أشهدني علىٰ نفسِه: جاز.

ويقول شاهِدُ الفرعِ عند الأداء: أشهَدُ أن فلاناً أشهَدني علىٰ شهادتِه أن فلاناً أقرَّ عنده بكذا، وقال لي: اِشهَد علىٰ شهادتي بذلك.

علىٰ شهادتي أني أَشهدُ أن فلانَ بنَ فلانٍ أقرَّ عندي بكذا، وأشهَدَني علىٰ نفسه)؛ لأن الفرعَ كالنائب عنه، فلا بدَّ من التحميل والتوكيل، علىٰ ما مَرَّ.

ولا بد أن يَشهدَ عنده كما يَشهدُ[1] عند القاضي؛ لينقلَه إلىٰ مجلس القضاء.

قال: (وإن لم يقل: أَشهَدَني علىٰ نفسِه: جاز)؛ لأنَّ مَن سمع إقرارَ غيرِه: حَلَّ له الشهادةُ وإن لم يَقُل له: اِشهد.

قال: (ويقول شاهِدُ الفرعِ عند الأداء: أشهَدُ أن فلاناً أشهَدني علىٰ شهادتِه أن فلاناً أقرَّ عنده بكذا، وقال لي: اِشهَد علىٰ شهادتي بذلك)؛ لأنه لا بدَّ من شهادتِه، وذِكْرِه شهادةَ الأصل، وذِكرِ التحميل.

ولها[2] لفظٌ أطولُ من هذا، وأقصرُ منه، و«خيرُ الأمور أوساطها»[3].

---

(١) أي شاهد الأصل.

(٢) أي الشهادة علىٰ الشهادة.

(٣) لم ينصَّ المرغيناني علىٰ أن هذا هو حديثٌ، وقد روي مرفوعاً بسندٍ ضعيفٍ في سنن البيهقي ٣/٢٧٣، وشعب الإيمان له (٥٨١٩) مرسلاً، وأبو نعيم في الصحابة (٧٢٩٦)، والديلمي عن ابن عباس مرفوعاً، ينظر جامع الأصول (١٠١)، ورواه أبو =

ومَن قال: أشهَدني فلانٌ علىٰ نفسه: لم يَشهَدِ السامعُ علىٰ شهادته حتىٰ يقولَ له: اِشهَدْ علىٰ شهادتي.

ولا تُقبلُ شهادةُ شهودِ الفرعِ إلا أن يموتَ شهودُ الأصل، أو يَغِيبوا مسيرةَ ثلاثةَ أيامٍ، فصاعداً، أو يَمْرَضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضورَ مجلسِ الحاكم.

قال: (ومَن قال: أشهَدني فلانٌ علىٰ نفسه: لم يَشهَدِ السامعُ[1] علىٰ شهادته حتىٰ يقولَ له: اِشهَدْ علىٰ شهادتي)؛ لأنه لا بدَّ من التحميل.

وهذا ظاهرٌ عند محمدٍ رحمه الله؛ لأن القضاءَ عنده بشهادة الفروعِ والأصول جميعاً، حتىٰ اشتركوا في الضمانِ عند الرجوع.

وكذا عندهما؛ لأنه لا بدَّ من نَقْلِ شهادةِ الأصول؛ لتصيرَ حجةً، فيظهرَ تحميلُ ما هو حجةٌ.

قال: (ولا تُقبلُ شهادةُ شهودِ الفرعِ إلا أن يموتَ شهودُ الأصل، أو يَغِيبوا مسيرةَ ثلاثةَ أيامٍ، فصاعداً، أو يَمْرَضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضورَ مجلسِ الحاكم)؛ لأن جوازَها للحاجة، وإنما تَمَسُّ عند عَجْزِ الأصل، وبهذه الأشياءِ يتحقَّقُ العجزُ.

وإنما اعتبرنا السفرَ؛ لأن المُعَجِّزَ: بُعْدُ المسافة، ومدةُ السفرِ بعيدةٌ

يعلىٰ موقوفاً بسند جيد عن وهب بن منبه، ومن كلام مطرِّف بن عبد الله في ابن أبي شيبة (٣٥١٢٨)، وشعب الإيمان للبيهقي (٦١٧٦)، ينظر كشف الخفاء ١/٤٦٩.

(١) وفي نُسخ: لم يَسَعْ للسامع أن يشهدَ علىٰ شهادته.

فإن عَدَّلَ شهودَ الأصلِ شهودُ الفرعِ : جاز .

وإن سَكَتُوا عن تعديلهم : جاز، ونَظَرَ القاضي في حالِهم.

حُكْماً، حتىٰ أُدِيرَ عليها عِدَّةٌ من الأحكام[١]، فكذا سبيلُ هذا الحكم.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إن كان في مكانٍ لو غدا لأداء الشهادةِ لا يستطيعُ أن يبيتَ في أهلِه: صحَّ الإشهادُ؛ إحياءً لحقوقِ الناس.

قالوا[٢]: الأولُ أحسنُ، والثاني أرفقُ، وبه أخذ الفقيهُ أبو الليث[٣] رحمه الله تعالىٰ.

قال: (فإن عَدَّلَ شهودَ الأصلِ شهودُ الفرعِ: جاز)؛ لأنهم من أهل التزكية.

وكذا إذا شَهِدَ شاهدان، فعَدَّلَ أحدُهما الآخَرَ: صَحَّ؛ لِمَا قلنا.

غايةُ الأمرِ أن فيه منفعةً من حيثُ القضاءُ بشهادته، لكنَّ العَدْلَ لا يُتَّهمُ بمثله، كما لا يُتَّهمُ في شهادةِ نفسِه، كيف وأن قولَه مقبولٌ في حَقِّ نفسه وإن[٤] رُدَّت شهادةُ صاحبِه، فلا تُهمةَ.

قال: (وإن سكَتُوا عن تعديلهم: جاز، ونَظَرَ القاضي في حالِهم)، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله.

---

(١) نحو قَصْر الصلاة، والفطر في صوم رمضان.

(٢) أي المشايخ رحمهم الله. البناية ٤٤٨/١١.

(٣) أبو الليث السمرقندي نصر بن محمد، توفي سنة ٣٧٣هـ، له مؤلفات عديدة، منها خزانة الفقه، تاج التراجم ص٣١٠، الأعلام ٢٧/٨.

(٤) لفظ: إن: هنا وصليةٌ.

وإن أنكر شهودُ الأصلِ الشهادةَ : لم تُقبل شهادةُ شهودِ الفرع .

وإذا شهد رجلان علىٰ شهادةِ رجلَيْن علىٰ فلانةَ بنتِ فلانٍ الفلانيةِ بألفِ درهم، وقالا : أخبرانا أنهما يَعرِفانها، فجاء بامرأةٍ، وقالا : لا ندري أهيَ هذه، أم لا؟ : فإنه يُقال للمدعي : هاتِ شاهدَيْن يشهدان أنها فلانةٌ .

وقال محمدٌ رحمه الله: لا تُقبَلُ؛ لأنه لا شهادةَ إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها: لم يَنقلوا الشهادةَ، فلا يُقبل[1].

ولأبي يوسف رحمه الله: أن المأخوذَ عليهمُ النقلُ، دون التعديل؛ لأنه قد يخفىٰ عليهم، وإذا نَقَلَوا: يَتعرَّفُ القاضي العدالةَ[2]، كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا.

قال: (وإن أنكر شهودُ الأصلِ الشهادةَ: لم تُقبل شهادةُ شهودِ الفرع)؛ لأن التحميلَ لم يثبت؛ للتعارضِ بين الخبرَيْن، وهو شَرْطٌ.

قال: (وإذا شهد رجلان علىٰ شهادةِ رجلَيْن علىٰ فلانةَ بنتِ فلانٍ الفلانيةِ بألفِ درهم، وقالا: أخبرانا أنهما يَعرِفانها، فجاء[3] بامرأةٍ، وقالا[4]: لا ندري أهيَ هذه، أم لا؟: فإنه يُقال للمدعي: هاتِ شاهدَيْن يشهدان أنها فلانةٌ)؛ لأن الشهادةَ علىٰ المُعَرَّفةِ بالنسبة قد تحقَّقت،

---

(١) أي ما نقلوه. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) أي من غيرهم.

(٣) فجاء: بتوحيد الفعل، والمراد: جاء المدعي، وفي نُسخ: فجاء المدعي، وفي نُسخٍ: جاءا: بالتثنية، ويكون المراد: فجاء الفرعان بامرأة. ينظر البناية ١١/٤٤٩.

(٤) أي الشاهدان الفرعيان.

وكذلك كتابُ القاضي إلىٰ القاضي.

ولو قالوا في هذين البابَيْن: فلانةُ بنتُ فلانٍ التميميةُ: لم يجُزْ حتىٰ يَنسِبوها إلىٰ فَخِذِها.

والمدعي يدعي الحَقَّ علىٰ الحاضرة، ولعلها غيرُها، فلا بدَّ من تعريفها بتلك النسبة.

ونظيرُ هذا: إذا تحمَّلوا الشهادةَ ببيعٍ محدودةٍ[١]، بذِكْر حُدُودِها، وشهدوا علىٰ المشتري: لا بدَّ من آخَرَيْن يشهدان علىٰ أن المحدودَ بها في يدِ المدَّعىٰ عليه.

وكذا إذا أنكر المدَّعىٰ عليه أن الحدودَ المذكورةَ في الشهادة حدودُ ما في يده.

قال: (وكذلك كتابُ القاضي إلىٰ القاضي)؛ لأنه في معنىٰ الشهادةِ علىٰ الشهادة، إلا أن القاضيَ لكمال دِيانتِه، ووُفورِ وِلايته: يَتَفرَّدُ بالنقل.

قال: (ولو قالوا في هذين البابَيْن: فلانةُ بنتُ فلانٍ[٢] التميميةُ: لم يجُزْ حتىٰ يَنسِبوها إلىٰ فَخِذِها)، وهي القبيلةُ الخاصة.

وهذا لأن التعريفَ لا بدَّ منه في هذا، ولا يَتحصَّلُ بالنسبة العامة، وهي عامةٌ إلىٰ بني تميم؛ لأنهم قومٌ لا يُحصَوْنَ، ويَحصلُ بالنسبة إلىٰ الفخذ؛ لأنها خاصةٌ.

---

(١) أي ببيع دارٍ محدودة بحدودٍ معينة مثلاً، وفي نُسخ: محدودٍ.

(٢) وفي نُسخ: فلانةُ التميميةُ. هكذا.

. . . .

وقيل: الفَرْغانِيَّةُ: نسبةٌ عامةٌ، والأُوزْجَنْدِيَّةُ: خاصةٌ.

وقيل: السَّمَرقنديَّةُ، والبخاريةُ: عامةٌ.

وقيل: النسبةُ إلىٰ السِّكَّةِ الصغيرةِ: خاصةٌ، وإلىٰ المَحَلَّةِ الكبيرة، وإلىٰ المصر: عامةٌ.

ثم التعريفُ وإن كان يَتِمُّ بذِكر الجَدِّ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، علىٰ ظاهر الروايات، فذِكْر الفَخِذِ: يقومُ مَقامَ الجَدِّ؛ لأنه اسمُ الجَدِّ الأعلىٰ، فنُزِّلَ منزلةَ الجَدِّ الأدنىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهدُ الزُّوْر: أُشَهِّرُه في السُّوْقِ، ولا أُعَزِّرُه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: نوجِعُه ضَرْباً شديداً، ونَحبِسُه.

فصلٌ

في شهادة الزُّور

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهدُ الزُّوْر: أُشَهِّرُه في السُّوْقِ، ولا أُعَزِّرُه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: نوجِعُه ضَرْباً شديداً[1]، ونَحبِسُه)، وهو قولُ الشافعي[2] رحمه الله.

لهما: ما رُويَ عن عمر رضي الله عنه أنه ضَرَبَ شاهدَ الزور أربعينَ سَوْطاً، وسَخَّم وجهَه[3].

---

(١) لفظ: شديداً: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

(٢) روضة الطالبين ١١/١٤٤.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٦٤٣)، مصنف عبد الرزاق (١٥٣٩٢)، سنن البيهقي (٢٠٤٩٣).

ومعنىٰ: سخَّم وجهَه: أي سوَّده، من: السُّخمة، وهي السواد.

. . . .

ولأن هذه كبيرةٌ يَتَعَدَّىٰ ضررُها إلىٰ العباد، وليس فيها[1] حَدٌّ مقدَّرٌ، فيُعزَّر.

وله[2]: أن شُرَيْحاً رحمه الله كان يُشهِّرُ، ولا يَضْرِبُ[3].

ولأن الانزجارَ يحصلُ بالتشهير، فيُكتفَىٰ به.

والضربُ وإن كان مبالغةً في الزَّجْر، ولكنه يقعُ مانعاً عن الرجوع، فوَجَبَ التخفيفُ؛ نظراً إلىٰ هذا الوجه.

وحديثُ عمرَ رضي الله عنه محمولٌ علىٰ السياسة؛ بدلالة[4] التبليغ إلىٰ الأربعين، والتسخيم.

---

(١) هكذا: فيها: كما في نسخة ٧٣١هـ، أي ليس في هذه الكبيرة حدٌّ، وفي غالب النسخ: فيه: بالتذكير: أي: ليس في شاهد الزور، أو: ليس في هذا الفعل: حدٌّ.

(٢) أي يُستدل للإمام أبي حنيفة رحمه الله بفعل شريح رحمه الله.

وشريحٌ هذا: هو ابن الحارث الكندي، القاضي الشهير من التابعين، ولِيَ قضاء الكوفة في عهد عمر وعثمان وعلي ومعاوية رضي الله عنهم، المتوفىٰ سنة ٧٨هـ.

ووجه الاستدلال بفعل التابعي: أنه ذَكَرَ في النوادر عن أبي حنيفة في تقليد التابعي الذي زَحَمَ الصحابةَ رضي الله عنهم في الفتوىٰ: قال: أنا أقلِّده، فوجه استدلاله في هذه الرواية: ظاهرٌ.

وعلىٰ ظاهر الرواية: قالوا: لم يذكر فعلَ شريح محتجًّا به، وإنما ذكره لبيان أن احتجاجه بتجويز الصحابة رضي الله عنهم فِعلَ شريح، فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، فحَلَّ محلَّ الإجماع. البناية ١١/٤٥٦.

(٣) الآثار لمحمد بن الحسن ٢/٥٥٤، مصنف ابن أبي شيبة (٢٣٠٤٥).

(٤) وفي نُسخ: بدليل.

وفي «الجامع الصغير»: شاهدان أَقَرَّا عند القاضي أنهما شَهِدَا بزُوْرٍ: لم يُضرَبا، وقالا: يُعزَّران.

ثم تفسيرُ التشهير: منقولٌ عن شريحٍ رحمه الله، فإنه كان يبعثُه إلىٰ سُوقِه إن كان سُوقياً، أو إلىٰ قومِه إن كان غيرَ سُوقيٍّ بعدَ العصر أجمعَ ما كانوا، ويقولُ: إن شريحاً يُقرئكُمُ السلامَ، ويقولُ: إنا وجدنا هذا شاهدَ زُورٍ، فاحذَرُوه، وحَذِّروه الناس[1].

وذَكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ رحمه الله أنه يُشهَّرُ عندهما[2] أيضاً.

والتعزيرُ والحبسُ علىٰ قَدْرِ ما يراه القاضي عندهما.

وكيفيةُ التعزير: ذكرناها في الحدود.

(وفي «الجامع الصغير[3]»: شاهدان أَقَرَّا عند القاضي أنهما شَهِدَا بزُوْرٍ: لم يُضرَبا، وقالا: يُعزَّران).

وفائدتُه[4]: أن شاهدَ الزورِ في حَقِّ ما ذكرنا من الحُكم: هو المقِرُّ علىٰ نفسهِ بذلك.

فأمَّا لا طريقَ إلىٰ إثباتِ ذلك بالبينة؛ لأنه نفيُ الشهادةِ، والبيِّناتُ للإثبات، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) قال في نصب الراية ٨٨/٤: رواه محمد في كتاب الآثار (٥٥٤/٢، برقم ٦٤٤، ط كراتشي)، وقريبٌ من هذا اللفظ في مصنف ابن أبي شيبة (٢٣٠٤٥).

(٢) أي عند الصاحبين.

(٣) ص١٩٧.

(٤) أي فائدة قوله: شاهدان أقرَّا أنهما. وينظر البناية ٤٥٦/١١.

كتاب

الرجوع عن الشهادات

إذا رَجَعَ الشهودُ عن شهادتهم قَبْلَ الحكْمِ بها : سَقَطَتْ.

فإنْ حُكِمَ بشهادتهم، ثم رَجَعوا : لم يُفسَخِ الحُكْمُ، وعليهم ضمانُ ما أتلفوه بشهادتهم.

كتاب

الرجوع عن الشهادات

قال: (إذا رَجَعَ الشهودُ عن شهادتهم قَبْلَ الحُكْمِ بها: سَقَطَتْ)؛ لأن الحَقَّ إنما يثبتُ بالقضاء، والقاضي لا يَقضي بكلامٍ متناقِضٍ.

ولا ضمانَ عليهم[1]؛ لأنهم ما أتلفوا شيئاً، لا علىٰ المدعي، ولا علىٰ المشهودِ عليه.

قال: (فإنْ حُكِمَ بشهادتهم، ثم رَجَعوا: لم يُفسَخِ الحُكْمُ)؛ لأنَّ آخرَ كلامِهم يناقِضُ أوَّلَه، فلا يُنقَضُ الحُكْمُ بالمتناقِضِ.

ولأنه في الدلالةِ علىٰ الصدقِ مثلُ الأول، وقد ترجَّحَ الأولُ باتصال القضاءِ به.

(وعليهم ضمانُ ما أتلفوه بشهادتهم)؛ لإقرارِهم علىٰ أنفسِهم بسببِ

---

(١) وفي نُسخ: عليهما.

ولا يصحُّ الرجوعُ إلا بحَضْرة الحاكمِ.

وإذا شَهِدَ شاهدان بمالٍ، فحكَمَ الحاكمُ به، ثم رجعا: ضَمِنَا المالَ للمشهود عليه.

الضمان، والتناقضُ لا يَمنعُ صحةَ الإقرار، وسنُقَرِّرُه من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا يصحُّ الرجوعُ إلا بحَضْرة الحاكمِ)؛ لأنه فَسْخٌ للشهادة، فيَختَصُّ بما تَختَصُّ به الشهادةُ من المجلس، وهو مجلسُ القاضي، أيَّ قاضٍ كان.

ولأن الرجوعَ توبةٌ، والتوبةُ علىٰ حسب الجناية، فالسرُّ بالسرِّ، والإعلانُ بالإعلان.

وإذا لم يصحَّ الرجوعُ في غيرِ مجلسِ القاضي[1]، فلو ادَّعىٰ المشهودُ عليه رجوعَهما، وأراد يمينَهما: لا يُحلَّفان.

وكذا لا تُقبلُ بيِّنتُه عليهما؛ لأنه ادعىٰ رجوعاً باطلاً[2]، حتىٰ لو أقام البينةَ أنه رَجَعَ عند قاضي كذا، وضَمَّنَه[3] المالَ: تُقبَلُ؛ لأن السببَ صحيحٌ.

قال: (وإذا شَهِدَ شاهدان بمال، فحكَمَ الحاكمُ به، ثم رجعا: ضَمِنَا المالَ للمشهود عليه)؛ لأن التسبيبَ علىٰ وجهِ التعدي: سببُ الضمان،

---

(١) وفي نُسخ: مجلس القضاء.

(٢) وهو رجوعه في غير مجلس القاضي.

(٣) أي القاضي أو المدعي. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

فإن رَجَعَ أحدُهما : ضَمِنَ النصفَ.

وإن شَهِدَ بالمال ثلاثةٌ، فرَجَعَ أحدُهم : فلا ضمانَ عليه.

كحافر البئر، وقد سبَّبا[1] للإتلاف تعدِّياً.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرةَ للتسبيب عند وجودِ المباشرة.

قلنا: تَعَذَّرَ إيجابُ الضمانِ علىٰ المباشِر، وهو القاضي؛ لأنه كالمُلْجَأِ إلىٰ القضاء، وفي إيجابِه: صَرْفُ الناسِ عن تقلُّده، وتَعَذَّرَ استيفاؤه من المدعي؛ لأن الحكمَ ماضٍ، فاعتُبر التسبيب.

وإنما يضمنان إذا قَبَضَ المدعي المالَ، ديناً كان أو عيناً؛ لأن الإتلافَ به يتحقَّقُ، ولأنه لا مماثلةَ بين أَخْذِ العين وإلزامِ الدين.

قال: (فإن رَجَعَ أحدُهما: ضَمِنَ النصفَ).

والأصلُ: أن المعتبرَ في هذا: بقاءُ مَن بقِيَ، لا رجوعُ مَن رَجَعَ، وقد بقِيَ مَن يَبقىٰ بشهادته نصفُ الحَقِّ.

قال: (وإن شَهِدَ بالمال ثلاثةٌ، فرَجَعَ أحدُهم: فلا ضمانَ عليه)؛ لأنه بقِيَ مَن يبقىٰ بشهادتِه كلُّ الحَقِّ، وهذا لأن الاستحقاقَ باقٍ بالحُجَّة،

---

(١) وفي نُسخ: تسبَّبا.

(٢) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود للمنهاجي، (ت٨٨٠هـ) ٢/٣٥٥.

فإن رَجَعَ آخَرُ: ضَمِنَ الراجعان نصفَ المالِ.

وإن شَهِدَ رجلٌ وامرأتان، فرجعتِ امرأةٌ: ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ.

وإن رَجَعَتا: ضَمِنَتا نصفَ الحَقِّ.

وإن شَهِدَ رجلٌ وعشرُ نِسْوةٍ، ثم رَجَعَ ثَمَانٍ: فلا ضمانَ عليهن.

فإن رَجَعَتْ أخرىٰ: كان عليهنَّ رُبُعُ الحَقِّ.

والمُتلَفُ[1] متىٰ استُحِقَّ: سَقَطَ الضمانُ، فأَوْلىٰ أن يَمتَنِعَ[2].

قال: (فإن رَجَعَ آخَرُ: ضَمِنَ الراجعان نصفَ المالِ)؛ لأن ببقاءِ أحدِهم: يبقىٰ نصفُ الحَقِّ.

قال: (وإن شَهِدَ رجلٌ وامرأتان، فرجعتِ امرأةٌ: ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ[3])؛ لبقاء ثلاثةِ الأرباعِ ببقاءِ مَن بقِيَ.

قال: (وإن رَجَعَتا: ضَمِنَتا نصفَ الحَقِّ)؛ لأن بشهادة الرجلِ بقيَ نصفُ الحَقِّ.

قال: (وإن شَهِدَ رجلٌ وعشرُ نِسْوةٍ، ثم رَجَعَ ثَمَانٍ: فلا ضمانَ عليهن)؛ لأنه بقِيَ مَن يَبقىٰ بشهادته كلُّ الحَقِّ.

(فإن رَجَعَتْ أخرىٰ: كان عليهنَّ رُبُعُ الحَقِّ)؛ لأنه بقِيَ النصفُ: بشهادة الرجل، والربعُ: بشهادة الباقية، فبقيَ ثلاثةُ الأرباع.

---

(١) أي المال المتلَف.

(٢) أي الضمان. كما في حاشية سعدي علىٰ الهداية، وفي نُسخ: يُمنَع: هكذا ضبطت، وكُتب عليها في حاشية نسخة ٧٣٨هـ: أي وجوبه.

(٣) وفي نُسخ: المال.

وإن رَجَعَ الرجلُ والنساءُ جميعاً: فعلىٰ الرجلِ سُدُسُ الحَقِّ، وعلىٰ النسوة خمسةُ أسداسِه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: علىٰ الرجل: النصفُ، وعلىٰ النِّسْوة: النصفُ

قال: (وإن رَجَعَ الرجلُ والنساءُ جميعاً: فعلىٰ الرجلِ سُدُسُ الحَقِّ، وعلىٰ النسوة خمسةُ أسداسِه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: علىٰ الرجل: النصفُ، وعلىٰ النِّسْوة: النصفُ)؛ لأنهنَّ وإن كَثُرْنَ: يَقُمْنَ مَقامَ رجلٍ واحدٍ، ولهذا لا تُقبَلُ شهادتُهنَّ إلا بانضمام رجلٍ واحدٍ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن كلَّ امرأتين قامتا[1] مَقامَ رجلٍ واحد.

قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عَقْلهنَّ: «عَدَلَتْ[2] شهادةُ اثنتين منهن بشهادة رجلٍ واحدٍ»[3].

فصار كما إذا شهد بذلك ستةُ رجالٍ، ثم رجعوا.

وإن رَجَعَ النسوةُ العَشْرُ، دونَ الرجل: كان عليهنَّ نصفُ الحَقِّ علىٰ القولين؛ لِمَا قلنا.

ولو شَهِدَ رجلان وامرأةٌ بمالٍ، ثم رجعوا: فالضمانُ عليهما، دون المرأة؛ لأن الواحدةَ ليست بشاهدةٍ، بل هي بعضُ الشاهد، فلا يُضافُ إليه الحكمُ.

---

(١) وفي نُسخ: قامت.

(٢) وفي نُسخ ضُبطت: عُدِلَت. قلت: وكلاهما جائزٌ.

(٣) صحيح البخاري (٣٠٤)، صحيح مسلم (١٣٢).

وإن شهد شاهدان علىٰ امرأةٍ بالنكاح، بمقدار مهرِ مثلِها، ثم رجعا: فلا ضمانَ عليهما.

وكذا إذا شَهِدَا بأقلَّ مِن مهرِ مثلِها.

وكذا إذا شَهِدَا علىٰ رجلٍ بتزوُّج امرأةٍ بمقدار مهرِ مثلها، ثم رجعا: فلا ضمانَ عليهما، وإن شهدا بأكثرَ من مهرِ المثل، ثم رجعا: ضَمِنا الزيادةَ.

قال: (وإن شهد شاهدان علىٰ امرأةٍ بالنكاح، بمقدار مهرِ مثلِها، ثم رجعا: فلا ضمانَ عليهما.

وكذا إذا شَهِدَا بأقلَّ مِن مهرِ مثلِها)؛ لأن منافعَ البُضْعِ غيرُ متقوِّمةٍ عند الإتلاف، لأن التضمينَ يستدعي المماثلةَ، علىٰ ما عُرِف.

وإنما تُضمَنُ وتُتَقَوَّمُ بالتملُّك؛ لأنها تصيرُ متقوِّمةً؛ ضرورةَ الملك؛ إبانةً لخَطَرِ المَحلِّ.

قال: (وكذا إذا شَهِدَا علىٰ رجلٍ بتزوُّج امرأةٍ بمقدار مهرِ مثلها، ثم رجعا: فلا ضمانَ عليهما)؛ لأنه إتلافٌ بعِوَضٍ؛ لِمَا قلنا إن البُضْعَ متقوِّمٌ حالَ الدخول في الملك[1]، والإتلافُ بعوضٍ: كلا إتلافٍ، وهذا لأنَّ مبنىٰ الضمانِ علىٰ المماثلة، ولا مماثلةَ بين الإتلافِ بعوضٍ وبينه بغير عوض.

قال: (وإن شهدا بأكثرَ من مهرِ المثل، ثم رجعا: ضَمِنا الزيادةَ)؛ لأنهما أتلفاها من غير عوضٍ.

---

(١) أي ملك الزوج.

وإن شَهِدَا ببيع شيءٍ بمثلِ القيمة، أو أكثرَ، ثم رجعا: لم يضمَنَا.

وإن كان بأقلَّ من القيمة: ضَمِنَا النقصانَ.

وإن شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه طلَّق امرأتَه قبلَ الدخول بها، ثم رَجَعَا: ضَمِنَا نصفَ المهر.

قال: (وإن شَهِدَا[١] ببيع شيءٍ بمثلِ القيمة، أو أكثرَ، ثم رجعا: لم يضمَنَا)؛ لأنه ليس بإتلافٍ معنىً؛ نظراً إلىٰ العوض.

(وإن كان بأقلَّ من القيمة: ضَمِنَا النقصانَ)؛ لأنهما أتلفا هذا الجزءَ بلا عوضٍ.

ولا فَرْقَ بين أن يكونَ البيعُ باتّاً، أو فيه خيارُ البائع؛ لأن السببَ هو البيعُ السابقُ، فيُضافُ الحكمُ عند سقوطِ الخيار إليه، فيُضافُ[٢] التلفُ إليهما.

قال: (وإن شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه طلَّق امرأتَه قبلَ الدخول بها، ثم رَجَعَا: ضَمِنَا نصفَ المهر[٣])؛ لأنهما أكَّدا ضماناً علىٰ شَرَفِ السقوط، ألا ترىٰ أنها لو طاوعتِ ابنَ الزوج، أو ارتدَّت: سَقَطَ المهرُ أصلاً.

ولأن الفُرْقَةَ قبلَ الدخول: في معنىٰ الفسخ، فيوجِبُ سقوطَ جميعِ المهر، كما مرَّ في النكاح.

ثم يجبُ نصفُ المهرِ ابتداءً بطريق المُتْعة، فكان واجباً بشهادتهما.

---

(١) أي علىٰ البائع.

(٢) وفي نُسخ: فانضاف.

(٣) فإن كان بعد الدخول: لم يضمنا. حاشية نسخة السليمانية ٦٤٤.

وإن شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه أعتق عبدَه، ثم رَجَعَا : ضَمِنَا قيمتَه .

وإن شهدا بقصاصٍ، ثم رجعا بعدَ القتل : ضَمِنا الديةَ، ولا يُقتَصُّ منهما .

قال: (وإن شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه أعتق عبدَه، ثم رَجَعَا: ضَمِنَا قيمتَه)؛ لأنهما أتلفا ماليةَ العبدِ عليه من غير عوضٍ.

والوَلاءُ للمعتِق؛ لأن العتقَ لا يَتحوَّلُ إليهما بهذا الضمان، فلا يتحوَّلُ الوَلاءُ.

قال: (وإن شهدا بقصاصٍ، ثم رجعا بعدَ القتل: ضَمِنا الديةَ، ولا يُقتَصُّ منهما).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: يُقتَصُّ منهما؛ لوجود القتل منهما تسبيباً، فأشبه المُكرِهَ، بل أَولىٰ؛ لأن الوليَّ يُعانُ، والمكرَهُ[2] يُمنَعُ.

ولنا: أن القتلَ مباشرةً لم يوجَد، وكذا تسبيباً؛ لأن السببَ ما يُفضِي إليه غالباً، وها هنا: لا يُفضِي؛ لأن العفوَ مندوبٌ إليه، بخلاف المكرَه؛ لأنه يُؤثِرُ حياتَه ظاهراً، ولأن الفعلَ الاختياريَّ مما يَقطعُ النسبةَ.

ثم لا أقلَّ من الشبهة، وهي دارِئةٌ للقصاص، بخلاف المال[3]؛ لأنه يثبتُ مع الشبهات، والباقي يُعرَفُ في «المختلِف[4]».

---

(١) منهاج الطالبين ١/٢٦٩.

(٢) لأن الوليَّ يُعان علىٰ الاستيفاء، والمكرَه، بفتح الراء: يُمنع؛ لأن الشاهد بمنزلة المكرِه، بكسر الراء، والولي بمنزلة المكرَه، بفتح الراء. البناية ١١/٤٦٨.

(٣) أي الدية.

(٤) أي كتاب: مختلف الرواية، للفقيه أبي الليث. البناية ١١/٤٧٠.

وإذا رَجَعَ شهودُ الفرع : ضَمِنوا .

ولو رجع شهودُ الأصلِ، وقالوا : لم نُشهِدْ شهودَ الفرعِ علىٰ شهادتنا : فلا ضمانَ عليهم .

وإن قالوا : أشهدناهم، وغَلِطْنا : ضَمِنوا .

قال: (وإذا رَجَعَ شهودُ الفرع: ضَمِنوا)؛ لأن الشهادةَ في مجلسِ القضاءِ صدرتْ منهم، فكان التلفُ مضافاً إليهم.

قال: (ولو رجع شهودُ الأصلِ، وقالوا: لم نُشهِدْ شهودَ الفرعِ علىٰ شهادتنا: فلا ضمانَ عليهم)؛ لأنهم أنكروا السببَ، وهو الإشهادُ.

ولا يَبطلُ القضاءُ؛ لأنه خَبَرٌ محتمِلٌ، فصار كرجوع الشاهد، بخلافِ ما قبلَ القضاء.

قال: (وإن قالوا: أشهدناهم، وغَلِطْنا: ضَمِنوا[1])، وهذا عند محمدٍ رحمه الله.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا ضمانَ عليهم؛ لأن القضاءَ وَقَعَ بشهادة الفروع؛ لأن القاضيَ يقضي بما يُعايِنُ من الحجَّة، وهي شهادتُهم.

وله: أن الفروعَ نَقَلُوا شهادةَ الأصول، فصار كأنهم حضروا.

ولو رَجَعَ الأصولُ والفروعُ جميعاً: يجبُ الضمانُ عندهما علىٰ الفروع، لا غيرَ؛ لأن القضاءَ وَقَعَ بشهادتهم.

---

(١) وضُبطت في نُسخ: ضُمِّنوا.

وإن قال شهودُ الفرع : كَذَبَ شهودُ الأصل، أو غَلِطوا في شهادتهم : لم يُلتفَتْ إلىٰ ذلك.

وإن رَجَعَ المزكُّون عن التزكية : ضَمِنوا.

وعند محمدٍ رحمه الله: المشهودُ عليه بالخيار: إن شاء ضمَّن الأصولَ، وإن شاء ضمَّن الفروعَ.

لأن القضاءَ وَقَعَ بشهادة الفروعِ من الوجه الذي ذَكَرَا، وبشهادة الأصولِ من الوجه الذي ذَكَرَ، فيتخيَّرُ بينهما، والجهتان متغايرتان، فلا يُجمَعُ بينهما[1] في التضمين.

قال: (وإن قال شهودُ الفرع: كَذَبَ شهودُ الأصل، أو غَلِطوا في شهادتهم: لم يُلتفَتْ إلىٰ ذلك)؛ لأنَّ ما أُمضِيَ من القضاء: لا يُنقَضُ بقولهم.

ولا يجبُ الضمانُ عليهم؛ لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم، إنما شهدوا علىٰ غيرهم بالرجوع.

قال: (وإن رَجَعَ المزكُّون عن التزكية: ضَمِنوا)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يَضمَنُون؛ لأنهم أثنَوْا علىٰ الشهودِ خيراً، فصاروا كشهودِ الإحصان.

وله: أن التزكيةَ إعمالٌ للشهادة، إذِ القاضي لا يَعملُ بها إلا بالتزكية، فصارت في معنىٰ عِلَّةِ العِلَّة، بخلاف شهودِ الإحصان؛ لأنه شَرْطٌ مَحْضٌ.

---

(١) وفي نُسخ: بينهم.

وإذا شهد شاهدان باليمين، وشاهدان بوجود الشرط، ثم رجعوا: فالضمانُ علىٰ شهودِ اليمين خاصةً.

قال: (وإذا شهد شاهدان باليمين، وشاهدان بوجود الشرط، ثم رجعوا: فالضمانُ علىٰ شهودِ اليمين خاصةً).

لأنه هو السببَ، والتلفُ يُضافُ إلىٰ مُثْبِتي السببِ، دونَ الشرطِ المَحْضِ، ألا ترىٰ أن القاضيَ يقضي بشهادة شهودِ اليمين، دون شهادةِ شهودِ الشرط.

ولو رَجَعَ شهودُ الشرط وحدَهم: اختلف المشايخ رحمهم الله فيه.

ومعنىٰ المسألةِ[1]: يمينُ العَتاقِ، والطلاقِ قبلَ الدخول، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) يعني أن صورة المسألة كما يلي: شهد رجلان علىٰ أنه علَّق عِتْقَ عبده، أو طلاقَ امرأته بدخول الدار، وشهد آخران أنه وُجد الشرط، فقضىٰ القاضي بوقوع العتق والطلاق، ثم رجعوا جميعاً: فالضمانُ علىٰ شهود اليمين، دون الشرط.

وقيَّد بـ: قبل الدخول: لأن رجوعَ الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد الدخول: لا يضمنون شيئاً. البناية ١١/٤٧٤.

كتاب الوِكالة

كلُّ عقدٍ جاز أن يَعقِدَه الإنسانُ بنفسه : جاز أن يُوكِّلَ به غيرَه .

وتجوزُ الوكالةُ بالخصومة في سائر الحقوق .

كتاب الوِكالة

قال: (كلُّ عقدٍ جاز أن يَعقِدَه الإنسانُ بنفسه: جاز أن يُوكِّلَ به غيرَه)؛ لأن الإنسانَ قد يَعجِزُ عن المباشرةِ بنفسه علىٰ اعتبار بعضِ الأحوال، فيَحتاجُ إلىٰ أن يُوكِّلَ غيرَه، فيكونُ بسبيلٍ منه[1]؛ دَفْعاً لحاجته.

وقد صحَّ أن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم وكَّلَ بالشراء حكِيمَ بنَ حِزَامٍ رضي الله عنه[2]، وبالتزويج عمرَ بنَ أُمِّ سَلَمة رضي الله عنهما[3].

قال: (وتجوزُ الوكالةُ بالخصومة في سائر الحقوق)؛ لِمَا قدَّمنا من الحاجة، إذْ ليس كلُّ أحدٍ يهتدي إلىٰ وجوه الخصومات.

---

(١) أي من التوكيل.

(٢) سنن الترمذي (١٢٥٧)، وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيبُ بن أبي ثابت: لم يسمع عندي من حكيم بن حزام. اهـ، وأخرجه أبو داود (٣٣٨٦)، وفي إسناده رجلٌ مجهول، ولذا قال في البناية ٦/١٢: فكيف يكون صحيحاً حتىٰ يقول المصنِّف: وقد صحَّ؟!، ولكن يُمكن أن يُستدلَّ هنا بحديث عروة البارقي عند البخاري (٣٤٤٣).

(٣) سنن النسائي (٣٢٥٤)، مسند أحمد (٢٦٦٦٨)، مسند أبي يعلىٰ (٦٩٠٧)، وصححه ابن حبان (٢٩٤٩)، قال في التعريف والإخبار ٢/٤٠٨: يا لله العجب! مَن الذي وكَّل عمرَ في هذا النص: «فقالت أمُّ سلمة: قُم يا عمر، فزوِّجْ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فزوَّجَه إياها»: هل هو النبي صلىٰ الله عليه وسلم، أو أمُّ سلمة؟

وكذا بإيفائها، واستيفائها، إلا في الحدود والقصاصِ، فإن الوكالةَ لا تصحُّ باستيفائها مع غَيْبة الموكِّل عن المجلس.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوزُ الوكالةُ بإثبات الحدودِ والقصاصِ بإقامة الشهودِ أيضاً.

وقد صحَّ أن علياً رضي الله عنه وكَّل فيها عَقِيلاً[1] رضي الله عنه، وبعد ما أسنَّ عقيلٌ: وكَّلَ عبدَ اللهِ بنَ جعفرٍ رضي الله عنهما[2].

قال: (وكذا بإيفائها، واستيفائها، إلا في الحدود والقضاصِ، فإن الوكالةَ لا تصحُّ باستيفائها مع[3] غَيْبة الموكِّل عن المجلس).

لأنها تندرئُ بالشبهات، وشُبهةُ العفو ثابتةٌ حالَ غَيْبة الموكِّل، بل هو[4] الظاهرُ؛ للنَّدْب الشرعي[5].

بخلاف غَيْبةِ الشاهد؛ لأن الظاهرَ عدمُ الرجوع.

وبخلاف حالةِ الحَضرة؛ لانتفاء هذه الشبهة.

وليس كلُّ أحدٍ يُحْسِنُ الاستيفاءَ، فلو مُنِعَ عنه: يَنْسَدُّ بابُ الاستيفاء أصلاً، وهذا الذي ذكرناه قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوزُ الوكالةُ بإثبات الحدودِ والقصاصِ بإقامة الشهودِ أيضاً).

---

(١) بن أبي طالب رضي الله عنه، وهو أخو علي رضي الله عنه.

(٢) ابن أخيه، صحابيٌّ، وهو أول من وُلد بالحبشة. سنن البيهقي (١٤٣٧).

(٣) وفي نُسخ: بعد. بدل: مع.

(٤) أي العفو.

(٥) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾. البقرة/٢٣٧.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوزُ التوكيلُ بالخصومة، إلا برضا الخصم، إلا أن يكونَ الموكِّلُ مريضاً، أو غائباً مسيرةَ ثلاثةِ أيامٍ، فصاعداً.

وقولُ محمدٍ مع أبي حنيفة رحمهما الله.

وقيل: مع أبي يوسف رحمه الله.

وقيل: هذا الاختلافُ في غَيْبته، دونَ حَضْرته؛ لأن كلامَ الوكيلِ ينتقلُ إلىٰ الموكِّلِ عند حضوره[1]، فصار كأنه تكلَّم بنفسه.

له[2]: أن التوكيلَ إنابةٌ، وشبهةُ النيابة يُتحرَّزُ عنها في هذا الباب، كما في الشهادة علىٰ الشهادة، وكما في الاستيفاء.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الخصومةَ شَرْطٌ مَحْضٌ؛ لأن الوجوبَ مضافٌ إلىٰ الجناية، والظهورَ إلىٰ الشهادة، فيجري فيه التوكيلُ، كما في سائر الحقوق.

وعلىٰ هذا الخلاف: التوكيلُ بالجواب مِن جانبِ مَن عليه الحدُّ والقصاص.

وكلامُ أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهرُ؛ لأن الشبهةَ لا تَمنعُ الدفعَ، غيرَ أن إقرارَ الوكيلِ غيرُ مقبولٍ عليه؛ لِمَا فيه من شبهةِ عدمِ الأمرِ به.

قال: (وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوزُ التوكيلُ بالخصومة، إلا برضا الخصم، إلا أن يكونَ الموكِّلُ مريضاً، أو غائباً مسيرةَ ثلاثةِ أيامٍ، فصاعداً.

---

(١) وفي نُسخ: حال حضرته.

(٢) أي لأبي يوسف رحمه الله.

وقالا : يجوزُ التوكيلُ بغير رضا الخصم .

وقالا: يجوزُ التوكيلُ بغير رضا الخصم)، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله.

ولا خلافَ في الجواز، إنما الخلافُ[٢] في اللزوم.

لهما: أن التوكيلَ تصرُّفٌ في خالصِ حقِّه، فلا يَتوقَّفُ علىٰ رضا غيرِه، كالتوكيل بتقاضي الديون.

وله: أن الجوابَ مستَحَقٌّ علىٰ الخصم، ولهذا يَستَحضِرُه، والناسُ متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه: يتضرَّرُ به، فيتوقفُ علىٰ رضاه، كالعبد المشترَكِ إذا كاتَبَه أحدُهما: يتخيَّرُ الآخَرُ.

بخلاف المريض والمسافر؛ لأن الجوابَ غيرُ مستَحَقٍّ عليهما هنالك.

ثم كما يلزمُ التوكيلُ عنده من المسافر: يلزمُ إذا أراد السفرَ؛ لتحقُّقِ الضرورة.

ولو كانت المرأةُ مُخَدَّرةً، لم تَجْرِ عادتُها بالبُروزِ، وحضورِ مجلسِ الحكم[٣]: قال أبو بكر الرازيُّ[٤] رحمه الله: يلزمُ التوكيلُ؛ لأنها لو حضرت: لا يُمكنُها أن تَنطِقَ بحَقِّها؛ لحيائها، فيلزمُ توكيلُها.

قال رضي الله عنه[٥]: وهذا شيءٌ استحسنه المتأخرون، وعليه الفتوىٰ.

---

(١) نهاية المطلب ٧/٣٤.

(٢) وفي نُسخ: الاختلاف.

(٣) وفي نُسخ: الحاكم، وفي نُسخ: مجلس القاضي.

(٤) الجصاص، الإمام المشهور، صاحب أحكام القرآن، ت٣٧٠هـ.

(٥) هكذا كما أثبتُّ جاء في أقدم نُسَخِ الهداية وأدقِّها وغالبِها، نسخة ٦٠٥هـ، ٦٠٩هـ، ٧٣٨هـ، ٨٦٤هـ، ٨٧٣هـ، وغيرها، وفي نُسَخٍ أخرىٰ: قال المصنِّف رحمه الله، وفي نُسَخٍ ثالثة: قال: فقط، وعليه اختلف الشرَّاح في المراد بالقائل: =

ومِن شَرْط الوكالة : أن يكونَ الموكِّلُ ممن يَملِكُ التصرُّفَ، وتلزمُه الأحكامُ.

و الوكيلُ ممن يَعقِلُ العقدَ، ويَقصِدُه.

وإذا وكَّل الحرُّ البالغُ، أو المأذونُ مثلَهما : جاز.

وإن وكَّلا صبياً مَحْجوراً عليه يَعقلُ البيعَ والشراءَ، أو عبداً محجوراً عليه : جاز، ولا تتعلَّقُ بهما الحقوقُ، وتتعلَّق بموكِّلهما.

قال: (ومِن شَرْط الوكالة: أن يكونَ الموكِّلُ ممن يَملِكُ التصرُّفَ، وتلزمُه الأحكامُ)؛ لأن الوكيلَ يَملكُ التصرفَ من جهة الموكِّل، فلا بدَّ أن يكون الموكِّلُ مالكاً ليُمَلِّكَه من غيره.

(و) يُشترطُ أن يكون (الوكيلُ ممن يَعقِلُ العقدَ، ويَقصِدُه)؛ لأنه يقومُ مَقامَ الموكِّلِ في العبارة، فلا بدَّ أن يكونَ من أهل العبارة، حتىٰ لو كان صبياً لا يعقلُ، أو مجنوناً: كان التوكيلُ باطلاً.

قال: (وإذا وكَّل الحُرُّ البالغُ، أو المأذونُ مثلَهما: جاز)؛ لأن الموكِّلَ مالِكٌ للتصرُّف، والوكيلُ من أهل العبارة.

قال: (وإن وكَّل[1] صبياً مَحْجوراً عليه يَعقلُ البيعَ والشراءَ، أو عبداً محجوراً عليه: جاز، ولا تتعلَّقُ بهما الحقوقُ، وتتعلَّق بموكِّلهما).

فرَجَّح العينيُّ في البناية ١٢/١٦ أنه أبو بكر الرازي، وهو ما قاله الأترازي في غاية البيان، أما البابرتي في العناية ٦/٥٦١، فرجَّح أنه قول المصنِّف المرغيناني، وأما سعدي جلبي في حاشيته علىٰ الهداية فعلَّق علىٰ كلمة: قال: بالاحتمالَيْن.

(١) وفي نُسخ: وكَّلا.

والعقدُ الذي يعقِدُه الوكلاءُ علىٰ ضربَيْن : كلُّ عقدٍ يُضيفُه الوكيلُ إلىٰ نفسه، كالبيع والإجارة : فحقوقُه تتعلَّق بالوكيل، دون الموكِّل.

لأن الصبيَّ من أهلِ العبارة؛ ألا ترىٰ أنه ينفُذُ تصرُّفُه بإذن وليِّه، والعبدُ[1] من أهلِ التصرفِ علىٰ نفسه، مالكٌ له، وإنما لا يملِكُه في حَقِّ المولىٰ، والتوكيلُ ليس تصرُّفاً في حقِّه.

إلا أنه لا يصحُّ منهما التزامُ العُهدة: أما الصبيُّ: لقصور أهليتِه، والعبدُ: لحَقِّ سيِّده، فتلزمُ الموكِّلَ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المشتريَ إذا لم يَعلم بحال البائع، ثم عَلِمَ أنه صبيٌّ أو مجنونٌ[2]: له خيارُ الفسخ؛ لأنه دَخَلَ في العقد علىٰ أن حقوقَه تتعلَّقُ بالعاقد، فإذا ظَهَرَ خلافُه: يتخيَّرُ، كما إذا اطلع[3] علىٰ عيبٍ.

قال: (والعقدُ[4] الذي يعقِدُه الوكلاءُ علىٰ ضربَيْن: كلُّ عقدٍ يُضيفُه الوكيلُ إلىٰ نفسه، كالبيع والإجارة: فحقوقُه تتعلَّق بالوكيل، دون الموكِّل).

---

(١) وفي نُسخ ضُبطت الدال بالفتح: والعبدَ.

(٢) كُتب في نسخة ٧٣٨هـ، وكذلك في نسخة سعدي بخطه وفي غيرهما أيضاً كُتب تعليقاً ما يلي: علىٰ حاشية المصنِّف: محجورٌ، وفي المتن: مجنون. اهـ

وكَتَب في البناية ١٩/١٢: قيل علىٰ حاشية نسخة المصنِّف: أو محجورٌ، ومتنها: مجنون، وفي بعض النسخ: أو عبدٌ محجورٌ، ولهذا قال في الكافي: ثم عَلِمَ أنه صبي محجورٌ، أو عبد محجورٌ. اهـ

(٣) وفي نُسخ: عَثَرَ.

(٤) وفي نُسخ: والعقود التي يعقدها.

فيُسلِّمُ المَبيعَ، ويَقبِضُ الثمنَ، ويُطالَبُ بالثمن إذا اشترىٰ، ويَقبِضُ المبيعَ، ويُخاصِمُ في العيب، ويُخاصَمُ فيه.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: تتعلّق بالموكِّل؛ لأن الحقوقَ تابعةٌ لحكم التصرف، والحكمُ وهو الملكُ: يتعلَّقُ بالموكِّلِ، فكذا توابِعُه، وصار كالرسول، وكالوكيلِ بالنكاح.

ولنا: أن الوكيلَ هو العاقدُ حقيقةً؛ لأن العقدَ يقومُ بالكلام، وصحةُ عبارته: لكونه آدمياً، وكذا حُكْماً: لأنه يستغني عن إضافةِ العقدِ إلىٰ الموكِّل، ولو كان سفيراً عنه: ما استغنىٰ عن ذلك، كالرسول، وإذا كان كذلك: كان أصيلاً في الحقوق، فتتعلَّق به.

ولهذا قال في «الكتاب[٢]»: (فيُسلِّمُ المَبيعَ، ويَقبِضُ الثمنَ، ويُطالَبُ بالثمن إذا اشترىٰ، ويَقبِضُ المبيعَ، ويُخاصِمُ[٣] في العيب، ويُخاصَمُ فيه)؛ لأن كلَّ ذلك من الحقوق، والملكُ يثبتُ للموكِّل خلافةً عنه؛ اعتباراً للتوكيل السابق، كالعبد يتَّهِبُ[٤]، ويصطادُ، ويَحتَطِبُ، هو الصحيح.

قال العبد الضعيف[٥]: وفي مسألة العيبِ تفصيلٌ نذكرُه إن شاء الله.

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٢٩.

(٢) أي مختصر القدوري، وقيل: المراد: الجامع الصغير. البناية ١٢/٢١.

(٣) أي إذا اشترىٰ.

(٤) أي يقبل الهبة.

(٥) وفي نُسخ: قال المصنِّف رحمه الله، وفي نُسخ أخرىٰ: قال رضي الله عنه.

وكلُّ عقدٍ يُضيفُه إلىٰ موكِّله، كالنكاح والخُلع والصُّلْح عن دم العمد: فإن حقوقَه تتعلَّقُ بالموكِّل، دونَ الوكيل، فلا يُطالَبُ وكيلُ الزوج بالمهر، ولا يلزمُ وكيلَ المرأةِ تسليمُها.

قال: (وكلُّ عقدٍ يُضيفُه إلىٰ موكِّله، كالنكاح والخُلع والصُّلْح عن دم العمد: فإن حقوقَه تتعلَّقُ بالموكِّل، دونَ الوكيل، فلا يُطالَبُ وكيلُ الزوج بالمهر، ولا يلزمُ وكيلَ المرأةِ تسليمُها).

لأن الوكيلَ فيها سفيرٌ مَحْضٌ؛ ألا يُرىٰ أنه لا يَستغني عن إضافة العقدِ إلىٰ الموكِّل، ولو أضافه إلىٰ نفسه: كان النكاحُ له، فصار كالرسول.

وهذا لأن الحكمَ فيها لا يَقبلُ الفَصْلَ عن السبب؛ لأنه إسقاطٌ، فيَتلاشىٰ، فلا يُتصوَّرُ صدورُه من شخصٍ، وثبوتُ حكمِه لغيره، فكان سفيراً.

والضربُ الثاني من أخواته[1]: العتقُ علىٰ مالٍ، والكتابةُ، والصلحُ علىٰ الإنكار.

فأما الصلحُ الذي هو جارٍ مَجرىٰ البيع: فهو من الضرب الأول.

والوكيلُ بالهبة والتصدُّقِ والإعارةِ والإيداعِ والرهنِ والإقراضِ: سفيرٌ أيضاً؛ لأن الحكمَ فيها يَثبتُ بالقبض، وأنه يلاقي مَحَلاً مملوكاً للغير، وهو سفيرٌ، فلا يُجعَلُ أصيلاً.

وكذا إذا كان الوكيلُ من جانبِ الملتمِسِ.

---

(١) أي من العقد الذي يعقده الوكلاء، وأما الأول فكالبيع والإجارة.

وإذا طالَبَ الموكِّلُ المشتريَ بالثمن : فله أن يَمنعَه إياه .

فإن دَفَعَه إليه : جاز ، ولم يكنْ للوكيل أن يطالِبَه به ثانياً .

وكذا الشركةُ والمضاربةُ، إلا أن التوكيلَ بالاستقراض: باطلٌ، حتىٰ لا يَثبتُ الملكُ للموكِّل، بل يثبتُ للمستقرض، بخلاف الرسالة فيه.

قال: (وإذا طالَبَ الموكِّلُ[1] المشتريَ بالثمن: فله أن يَمنعَه إياه)؛ لأنه أجنبيٌّ عن العقد، وحقوقِه؛ لِمَا أنَّ الحقوقَ تعودُ إلىٰ العاقد.

قال: (فإن دَفَعَه إليه: جاز، ولم يكنْ للوكيل أن يطالِبَه به ثانياً)؛ لأن نفسَ الثمنِ المقبوضِ: حقُّه، وقد وَصَلَ إليه، ولا فائدةَ في الأخذ منه، ثم في الدفع إليه، ولهذا لو كان للمشتري علىٰ الموكِّل دينٌ: تقعُ المُقاصَّةُ.

ولو كان له عليهما دينٌ: تقعُ المقاصَّةُ بدَيْنِ الموكِّلِ أيضاً، دونَ دَيْنِ الوكيل.

وبدَيْن الوكيلِ إذا كان وحدَه إن كان[2]: تقعُ المقاصَّةُ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله؛ لِمَا أنه يَملكُ الإبراءَ عنه عندهما، ولكنه يَضمَنُه للموكِّل في الفصلَيْن[3]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الموكِّل بالبيع.

(٢) إن كان: وصلية، وقد قال في نتائج الأفكار ٧/٢٤: ولمَّا استشعر أن يُقال: المقاصةُ لا تدل علىٰ كون نفس الثمن حقاً للموكل، دون الوكيل، فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشتري دينٌ علىٰ الوكيل وحده، أجاب بقوله: وبدين الوكيل إذا كان وحده...اهـ.

(٣) أي في الإبراء والمقاصة.

باب
الوكالة بالبيع والشراء
فصلٌ في الشراء

ومَن وكَّل رجلاً بشراء شيءٍ: فلا بدَّ من تسميةِ جنسِه وصفتِه، أو جنسِه ومبلَغِ ثمنِه.

إلا أن يُوكِّلَه وكالةً عامةً، فيقولَ: ابتَعْ لي ما رأيتَ.

باب الوكالة بالبيع والشراء
فصلٌ في الشراء

قال: (ومَن وكَّل رجلاً بشراء شيءٍ: فلا بدَّ من تسميةِ جنسِه وصفتِه، أو جنسِه ومبلَغِ ثمنِه)؛ ليصيرَ الفعلُ الموكَّلُ به معلوماً، فيُمكنُه الائتمار.

(إلا أن يُوكِّلَه وكالةً عامةً، فيقولَ: ابتَعْ لي ما رأيتَ)؛ لأنه فوَّضَ الأمرَ إلىٰ رأيه، فأيُّ شيءٍ يشتريه: يكون مُمتثِلاً.

والأصلُ فيه: أن الجهالةَ اليسيرةَ تُتَحَمَّلُ في الوكالة، كجهالة الوصف؛ استحساناً؛ لأن مبنىٰ التوكيلِ علىٰ التوسعة؛ لأنه استعانةٌ، وفي اعتبار هذا الشرط: بعضُ الحرجِ، وهو مدفوعٌ.

ثم إن كان اللفظُ يَجمَعُ أجناساً[1]، أو ما هو في معنىٰ الأجناس: لا

---

(١) كالثوب، وأما ما هو بمعنىٰ الأجناس: فكالدار.

وفي «الجامع الصغير»: ومَن قال لآخَرَ: اشترِ لي ثوباً أو دابةً أو داراً: فالوكالةُ باطلةٌ.

يصحَّ التوكيلُ وإن بيَّنَ الثمنَ؛ لأن بذلك الثمنِ يوجَدُ مِن كلِّ جنسٍ، فلا يُدرَىٰ مرادُ الآمِرِ؛ لتفاحُشِ الجهالة.

وإن كان جنساً يَجمعُ أنواعاً: لا يصحُّ إلا ببيانِ الثمن، أو النوع؛ لأن بتقدير الثمن: يصيرُ النوعُ معلوماً، وبذِكْرِ النوع: تَقِلُّ الجهالةُ، فلا يَمتنعُ الامتثالُ.

مثالُه: إذا وكَّله بشراء عبدٍ أو جاريةٍ: لا يصح؛ لأنه يشملُ أنواعاً، فإن بيَّن النوعَ، كالتركيِّ، والحَبَشِيِّ، والهنديِّ، والسِّنْدِيِّ، والمُوَلَّدِ: جاز.

وكذا إذا بيَّن الثمنَ؛ لِمَا ذكرناه.

ولو بيَّن النوعَ أو الثمنَ، ولم يُبيِّنِ الصفةَ، يعني الجَوْدَةَ والرداءَةَ والسِّطَةَ[1]: جاز؛ لأنه جهالةٌ مستدركةٌ.

ومرادُه من الصفة المذكورة في «الكتاب[2]»: النوعُ.

(وفي «الجامع الصغير[3]»: ومَن قال لآخَرَ: اشترِ لي ثوباً أو دابةً أو داراً: فالوكالةُ باطلةٌ)؛ للجهالةِ الفاحشة، فإن الدابةَ في حقيقةِ اللغة: اسمٌ لِمَا يَدِبُّ علىٰ وجهِ الأرض.

وفي العُرف: تنطلِقُ علىٰ الخيلِ والحمارِ والبغل، فقد جَمَعَ أجناساً.

---

(١) أي الوسط، وأصل: سطة: وسط: حُذفت الواو منه، كما في عِدَة، و: عِظَة، وعُوِّضت التاء في آخرها عن الواو. البناية ١٢/٢٨، وفي نُسخ: الوسط.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٢/٢٨.

(٣) ص٢٠٥.

وإن سمَّىٰ ثمنَ الدار، ووَصَفَ جنسَ الدارِ، والثوبِ: جاز.

ومَن دَفَعَ إلىٰ آخَرَ دراهمَ، وقال: اشترِ لي بها طعاماً: فهو علىٰ الحنطة، ودقيقِها؛ استحساناً.

وكذا الثوبُ؛ لأنه يتناولُ المَلْبوسَ من الأطلسِ إلىٰ الكِسَاء[١]، ولهذا لا تصحُّ تسميتُه مهراً.

وكذا الدارُ، تشملُ علىٰ ما هو في معنىٰ الأجناس؛ لأنها تختَلِفُ اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراضِ والجيرانِ والمَرَافقِ والمَحَالِّ والبلدان، فيتعذَّرُ الامتثالُ.

قال: (وإن سمَّىٰ ثمنَ الدار، ووَصَفَ جنسَ الدارِ[٢]، والثوبِ: جاز).

معناه: نوعَه[٣].

وكذا إذا سمَّىٰ نوعَ الدابة، بأن قال: فرسٌ أو حمارٌ، ونحوُهما.

قال: (ومَن دَفَعَ إلىٰ آخَرَ دراهمَ، وقال: اشترِ لي بها طعاماً: فهو علىٰ الحنطة، ودقيقِها، استحساناً[٤]).

والقياسُ: أن يكونَ علىٰ كلِّ مطعومٍ؛ اعتباراً للحقيقة، كما في اليمين علىٰ الأكل، إذِ الطعامُ اسمٌ لما يُطعَم.

---

(١) الأطلس: هو الثياب الخَلَق، والمراد هنا: أي من الأرفع من الثياب إلىٰ أدونها، لكن لم يَرِدْ في اللغة ما أراده المؤلف. ينظر البناية ١٢/٢٩.

(٢) وفي نُسخ: جنسَ الدابة. قلت: وهكذا أيضاً في بداية المبتدي ص٤٩٧.

(٣) أي معنىٰ قوله في الجامع الصغير: ووَصَفَ جنسَ الدار: أي سمَّىٰ نوعَه.

(٤) لفظ: استحساناً: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإذا اشترىٰ الوكيلُ، وقَبَضَ، ثم اطَّلَعَ علىٰ عَيْبٍ : فله أن يَرُدَّه بالعَيْب ما دام المبيعُ في يدِه.

فإن سلَّمَه إلىٰ الموكِّل : لم يَرُدَّه إلا بإذنه.

ويجوزُ التوكيلُ بعقد الصرفِ، والسَّلَم.

وجهُ الاستحسان: أن العُرْفَ أَمْلَكُ، وهو علىٰ ما ذكرناه إذا ذُكِرَ مقروناً بالبيع والشراء، ولا عُرْفَ في الأكل، فبقِيَ علىٰ الوضع.

وقيل: إن كثُرتِ الدراهمُ: فعلىٰ الحنطة، وإن قلَّت: فعلىٰ الخبز، وإن كان فيما بين ذلك: فعلىٰ الدقيق.

قال: (وإذا اشترىٰ الوكيلُ، وقَبَضَ، ثم اطَّلَعَ علىٰ عَيْب: فله أن يَرُدَّه بالعَيْب ما دام المبيعُ في يدِه)؛ لأنه من حقوقِ العقد، وهي كلُّها إليه.

قال: (فإن سلَّمَه إلىٰ الموكِّل: لم يَرُدَّه إلا بإذنه)؛ لأنه انتهىٰ حكمُ الوكالة.

ولأن فيه إبطالَ يدِه الحقيقيةِ، فلا يَتمكَّنُ منه إلا بإذنه، ولهذا كان خصماً لمَن يدعي في المشترَىٰ دعوىً، كالشفيع وغيرِه قبلَ التسليم إلىٰ الموكِّل، لا بعده.

قال: (ويجوزُ التوكيلُ بعقد الصرفِ، والسَّلَم)؛ لأنه عقدٌ يملِكُه بنفسه، فيملِكُ التوكيلَ به؛ دفعاً لحاجته، علىٰ ما مَرَّ.

ومرادُه: التوكيلُ بالإسلام، دون قبولِ السلم؛ لأن ذلك لا يجوز، فإن الوكيلَ يبيعُ طعاماً في ذمته علىٰ أن يكونَ الثمنُ لغيره، وهذا لا يجوز.

فإن فارَقَ الوكيلُ صاحبَه قبلَ القبض : بَطَلَ العقدُ.

ولا تُعتبرُ مفارَقةُ الموكِّلِ.

وإذا دَفَعَ الوكيلُ بالشراء الثمنَ من مالِه، وقَبَضَ المَبيعَ : فله أن يرجعَ به علىٰ الموكِّل.

فإن هَلَكَ المَبيعُ في يدِه قبلَ حَبْسِه : هَلَكَ من مال الموكِّل، ولم يَسقطِ الثمنُ.

قال: (فإن فارَقَ الوكيلُ صاحبَه قبلَ القبض: بَطَلَ العقدُ)؛ لوجود الافتراقِ من غير قبضٍ.

قال: (ولا تُعتبرُ مفارَقةُ الموكِّلِ)؛ لأنه ليس بعاقدٍ، والمستَحَقُّ بالعقد: قَبْضُ العاقد، وهو الوكيلُ، فيصحُّ قَبْضُه وإن كان لا تتعلَّقُ به الحقوقُ، كالصبيِّ والعبدِ المحجورِ عليه.

بخلاف الرسول؛ لأن الرسالةَ في العقد، لا في القبض، ويَنتقلُ كلامُه إلىٰ المرسِلِ، فصار قَبْضُ الرسول: قَبْضَ غيرِ العاقد، فلم يصح.

قال: (وإذا دَفَعَ الوكيلُ بالشراء الثمنَ من مالِه، وقَبَضَ المَبيعَ: فله أن يرجعَ به علىٰ الموكِّل)؛ لأنه انعقدت بينهما مبادلةٌ حُكميةٌ، ولهذا إذا اختلفا في الثمن: يتحالفان، ويَرُدُّ الموكِّلُ بالعيب علىٰ الوكيل، وقد سَلِم المشترَىٰ للموكِّل من جهة الوكيل، فيَرجعُ عليه.

ولأن الحقوقَ لَمَّا كانت راجعةً إليه، وقد عَلِمَه الموكِّلُ من جهة الوكيل، فيرجع: فيكونُ راضياً بدفعه من ماله.

قال: (فإن هَلَكَ المَبيعُ في يدِه قبلَ حَبْسِه: هَلَكَ من مال الموكِّل، ولم يَسقطِ الثمنُ)؛ لأن يدَه كيدِ الموكِّل، فإذا لم يَحْبِسْ: يصيرُ الموكِّلُ قابضاً بيده.

وله أن يَحبِسَه حتىٰ يستوفيَ الثمنَ.

فإن حَبَسَه، فهَلَكَ : كان مضموناً ضمانَ الرهنِ عند أبي يوسف رحمه الله، وضمانَ المَبيعِ عند محمدٍ رحمه الله.

(وله أن يَحبِسَه حتىٰ يستوفيَ الثمنَ)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه بمنزلة البائعِ من الموكِّل.

وقال زفرُ رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأن الموكِّلَ صار قابضاً بيده، فكأنه سلَّمه إليه، فيسقطُ حقُّ الحبس.

قلنا: هذا مما لا يُمكنُ التحرُّزُ عنه، فلا يكونُ راضياً بسقوط حقِّه في الحبس، علىٰ أنَّ قَبْضَه موقوفٌ، فيقعُ للموكِّل إن لم يَحبِسْه، ولنفسه عند حَبْسه.

قال: (فإن حَبَسَه، فهَلَكَ: كان مضموناً ضمانَ الرهنِ عند أبي يوسف رحمه الله، وضمانَ المَبيعِ عند محمدٍ رحمه الله)، وهو قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وضمانَ الغصبِ عند زفرَ رحمه الله؛ لأنه مَنْعٌ بغير حَقٍّ.

لهما: أنه بمنزلة البائعِ منه، فكان حَبْسُه لاستيفاء الثمن، فيَسقطُ بهلاكه.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه مضمونٌ بالحبس للاستيفاءِ بعدَ أن لم يكن، وهو الرهنُ بعَيْنه.

بخلاف المَبيع؛ لأن البيعَ ينفسِخُ بهلاكه، وها هنا لا ينفسِخُ أصلُ العقد.

وإذا وكَّله بشراء عشرةِ أرطالِ لحمٍ بدرهمٍ، فاشترىٰ عشرينَ رِطْلاً بدرهمٍ من لحمٍ يُباعُ منه عشرةُ أرطالٍ بدرهم: لَزِمَ الموكِّلَ منه عشرةٌ بنصف درهمٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تلزمُه العشرون بدرهم.

قلنا: يَنفسِخُ في حَقِّ الموكِّل والوكيلِ، كما إذا ردَّه الموكِّلُ بعيبٍ، ورضِيَ الوكيلُ به.

قال: (وإذا وكَّله بشراء عشرةِ أرطالِ لحمٍ بدرهمٍ، فاشترىٰ عشرينَ رِطْلاً بدرهمٍ من لحمٍ يُباعُ منه عشرةُ أرطالٍ بدرهم: لَزِمَ الموكِّلَ منه عشرةٌ بنصف درهمٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تلزمُه العشرون بدرهم).

وذُكِرَ في بعض النُّسَخِ[1] قولُ محمدٍ مع قولِ أبي حنيفة رحمهما الله.

ومحمدٌ[2] رحمه الله لم يَذكُرِ الخلافَ في «الأصل[3]».

لأبي يوسف رحمه الله: أنه أَمَرَه بصَرْف الدرهمِ في اللحم، وظنَّ أنَّ سعرَه عشرةُ أرطالٍ، فإذا اشترىٰ به عشرينَ: فقد زادَه خيراً، وصار كما إذا وكَّلَه ببيع عبدِه بألفٍ، فباعه بألفَيْن.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه أَمَرَه بشراء عشرةِ أرطالٍ، ولم يأمره بشراء الزيادة، فيَنفُذُ شراؤها عليه[4]، وشراءُ العشرةِ علىٰ الموكِّل.

---

(١) أي نُسخ القدوري. البناية ١٢/٣٩.

(٢) هذا من كلام صاحب الهداية، وليس من كلام القدوري في بعض النُّسخ.

(٣) ١١/٢٩٣.

(٤) أي الوكيل.

ولو وكَّلَه بشراء شيءٍ بعَيْنه : فليس له أن يَشترِيَه لنفسه .

وإن وكَّلَه بشراء عبدٍ بغير عَيْنه : فاشترىٰ عبداً : فهو للوكيل، إلا أن يقولَ : نويتُ الشراءَ للموكِّل، أو يشتريَه بمالِ الموكِّل.

بخلاف ما استَشهِد به[١]؛ لأن الزيادةَ هناك بدلُ مِلْكِ الموكِّل، فيكونُ له.

بخلاف ما إذا اشترىٰ ما يساوي عشرينَ رِطْلاً بدرهمٍ، حيث يصيرُ مشترياً لنفسه، بالإجماع؛ لأن الأمرَ يتناولُ السَّمِينَ، وهذا مهزولٌ، فلم يحصل مقصودُ الآمر.

قال: (ولو وكَّلَه بشراء شيءٍ بعَيْنه: فليس له أن يَشترِيَه لنفسه)؛ لأنه يؤدي إلىٰ تغريرِ الآمِر، حيثُ اعتمَدَ عليه.

ولأنَّ فيه عزلَ نفسِه، ولا يَملِكُه علىٰ ما قيل[٢] إلا بمَحْضَرٍ من الموكِّل.

فلو كان الثمنُ مسمَّىً، فاشترىٰ بخلاف جنسه، أو أكثرَ مما سمَّىٰ بجنسه، أو لم يكن مسمَّىً، فاشترىٰ بغير النقود، أو وكَّلَ وكيلاً بشرائه، فاشترىٰ الثاني، وهو غائبٌ: يَثبتُ الملكُ للوكيل الأولِ في هذه الوجوه؛ لأنه خالَفَ أَمْرَ الآمِر، فيَنفُذُ عليه.

ولو اشترىٰ الثاني بحضرةِ الوكيلِ الأول: نَفَذَ علىٰ الموكِّلِ الأول؛ لأنه حَضَرَه رأيُه، فلم يكن مخالفاً.

قال: (وإن وكَّلَه بشراء عبدٍ بغير عَيْنه: فاشترىٰ عبداً: فهو للوكيل، إلا أن يقولَ: نويتُ الشراءَ للموكِّل، أو يشتريَه بمالِ الموكِّل).

---

(١) جوابٌ عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف، وبيعه بألفين.

(٢) لأن عزله يكون بالخلاف، لا بالوفاق.

. . . .

قال المصنِّفُ رحمه الله: هذه المسألةُ علىٰ وجوهٍ:

إن أضاف العقدَ إلىٰ دراهمِ الآمِرِ: كان للآمر، وهو المرادُ عندي بقوله: أو يَشتريَه بمال الموكِّل، دون النقدِ من ماله؛ لأن فيه تفصيلاً وخلافاً، وهذا بالإجماع، وهو مطلَقٌ.

وإن أضافه إلىٰ دراهم نفسِه: كان لنفسِه؛ حَمْلاً لحالِه علىٰ ما يَحِلُّ له شرعاً، أو يفعلُه عادةً، إذِ الشراءُ لنفسه، بإضافة العقدِ إلىٰ دراهم غيرِه: مُستَنْكَرٌ شرعاً وعُرفاً.

وإن أضافه إلىٰ دراهمَ مطلَقةٍ: فإن نواها للآمِرِ: فهو للآمر، وإن نواها لنفسه: فلنفسه؛ لأن له أن يعملَ لنفسه، ويعملَ للآمر في هذا التوكيل.

وإن تكاذَبَا[1] في النية: يُحكَّمُ النقدُ، بالإجماع؛ لأنه دلالةٌ ظاهرةٌ علىٰ ما ذكرنا.

وإن توافقا علىٰ أنه لم تَحضُرْه النيةُ: قال محمدٌ رحمه الله: هو للعاقد؛ لأن الأصلَ أن كلَّ أحدٍ يعملُ لنفسه، إلا إذا ثَبَتَ جَعْلُه لغيره، ولم يثبت.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يُحكَّمُ النقدُ فيه؛ لأنَّ ما أوقعه مطلقاً: يحتملُ الوجهَيْن، فيبقىٰ موقوفاً، فمِن أيِّ المالَيْن نَقَدَ: فقد فَعَلَ ذلك المحتمَلَ لصاحبه، ولأن مع تصادقهما يحتملُ النيةَ للآمر.

وفيما قلناه: حَمْلُ حالِه[2] علىٰ الصلاح، كما في حالةِ التكاذب.

---

(١) وفي نُسخ: تخالفا.

(٢) أي الوكيل.

ومَن أَمَرَ رجلاً بشراءِ عبدٍ بألفٍ، فقال: قد فعلتُ، ومات عندي، وقال الآمِرُ: اشتريتَه لنفسِك: فالقولُ قولُ الآمِر.

فإن كان دَفَعَ إليه الألفَ: فالقولُ قولُ المأمور.

والتوكيلُ بالإسلام في الطعام: علىٰ هذه الوجوه.

قال: (ومَن أَمَرَ رجلاً بشراءِ عبدٍ بألفٍ، فقال[1]: قد فعلتُ، ومات عندي، وقال الآمِرُ: اشتريتَه لنفسِك: فالقولُ قولُ الآمِر.

فإن كان دَفَعَ إليه الألفَ: فالقولُ قولُ المأمور)؛ لأن في الوجهِ الأولِ أخبر عمَّا لا يَملِكُ استئنافَه، وهو الرجوعُ بالثمن علىٰ الآمِر، وهو يُنكِرُ، فالقولُ للمنكِر.

وفي الوجهِ الثاني: هو أمينٌ يريدُ الخروجَ عن عُهدةِ الأمانة، فيُقبَلُ قولُه.

ولو كان العبدُ حياً حين اختلفا:

إن كان الثمنُ مَنْقوداً: فالقولُ للمأمور؛ لأنه أمينٌ.

وإن لم يكن مَنْقوداً: فكذلك عند أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله؛ لأنه يَملكُ استئنافَ الشراءِ، فلا يُتَّهمُ في الإخبار عنه.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: القولُ قولُ الآمِر؛ لأنه موضعُ تُهمةٍ بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأىٰ الصَّفْقةَ خاسرةً: ألزمها الآمِرَ.

---

(١) أي الوكيلُ.

ومَن قال لآخَرَ: بِعْني هذا العبدَ لفلانٍ، فباعه، ثم أنكر المشتري أن يكونَ فلانٌ أَمَرَه، ثم جاء فلانٌ وقال: أنا أمرتُه بذلك: فإن فلاناً يأخذُه.

فإن قال فلانٌ: لم آمُرْه بذلك: لم يكن له أن يأخذَه.

بخلاف ما إذا كان الثمنُ مَنْقوداً؛ لأنه أمينٌ فيه، فيُقبَلُ قولُه تَبَعاً لذلك، ولا ثمنَ في يده ها هنا.

وإن كان أَمَرَه بشراءِ عبدٍ بعَيْنه، ثم اختلفا، والعبدُ حيٌّ: فالقولُ للمأمور، سواءٌ كان الثمنُ منقوداً، أو غيرَ منقودٍ.

وهذا بالإجماع؛ لأنه أخبر عما يملِكُ استئنافَه علىٰ قولهما، ولا تُهمةَ فيه؛ لأن الوكيلَ بشراءِ شيءٍ بعينه: لا يَملكُ شراءَه لنفسه بمثل ذلك الثمنِ في حال غَيْبته، علىٰ ما مَرَّ.

بخلاف غيرِ المعيَّن، علىٰ ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: بِعْني هذا العبدَ لفلانٍ، فباعه، ثم أنكر المشتري أن يكونَ فلانٌ أَمَرَه، ثم جاء فلانٌ وقال: أنا أمرتُه بذلك[١]: فإن فلاناً يأخذُه)؛ لأن قولَه السابقَ إقرارٌ منه بالوكالة عنه، فلا ينفعُه الإنكارُ اللاحِقُ.

(فإن قال فلانٌ: لم آمُرْه بذلك: لم يكن له أن يأخذَه)؛ لأن الإقرارَ يرتدُّ بردِّه.

---

(١) جملة: ثم جاء فلانٌ وقال: أنا أمرتُه بذلك: مثبتةٌ في الهداية المضمنة في البناية ١٢/٤٧، وفي طبعات الهداية القديمة.

إلا أن يُسلِّمَه المشترِىٰ له، فيكونُ بيعاً جديداً عنه، وتكون عليه العُهدة.

ومَن أَمَرَ رجلاً بأن يشتريَ له عبدَيْن بأعيانهما، ولم يُسَمِّ لهما ثمناً، فاشترىٰ له أحدَهما: جاز.

قال: (إلا أن يُسلِّمَه المشترَىٰ[1] له، فيكونُ بيعاً جديداً عنه[2]، وتكون عليه العُهدة)؛ لأنه صار مشترياً بالتعاطي، كمَن اشترىٰ لغيره بغير أَمْرِه حتىٰ لَزِمَه، ثم سلَّمَه المشترِي له.

ودلَّتِ المسألةُ علىٰ أن التسليمَ علىٰ وجه البيعِ يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نَقْدُ الثمن، وهو يتحقَّقُ في النفيس والخَسِيْس؛ لاستتمام التراضي، وهو المعتبرُ في الباب.

قال: (ومَن أَمَرَ رجلاً بأن يشتريَ له عبدَيْن بأعيانهما، ولم يُسَمِّ لهما[3] ثمناً، فاشترىٰ له أحدَهما: جاز)؛ لأن التوكيلَ مطلَقٌ، وقد لا يتفقُ الجمعُ بينهما في البيع: فيجري علىٰ إطلاقه، إلا فيما لا يَتغابَنُ الناسُ فيه؛ لأنه توكيلٌ بالشراء، وهذا كلُّه بالإجماع.

---

(١) بكسر الراء، وفتحِها، فعلىٰ الكسر: المشترِي: يكون فاعلاً، وقوله: له: أي لأجله، ويكون المفعولُ الثاني محذوفاً، وهو: إليه، أي إلا أن يسلِّمه الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان: إليه.

وعلىٰ الفتح: المشترَىٰ: يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر، وهو فلان، ويكون الفاعل مضمراً، أي إلا أن يسلِّم الفضولي العبد إلىٰ المشتري له، وهو فلان. البناية ٤٨/١٢، ومن هنا وضع الإمام سعدي في حاشيته علىٰ الهداية علىٰ الراء فتحةً وكسرةً، وكتب فوقها: معاً.

(٢) أي فيكون تسليم العبد بيعاً مبتدأً عن فلان. البناية ٤٨/١٢.

(٣) وفي نُسخ: له: أي لكل واحدٍ منهما.

ولو أَمَرَه بأن يَشتريَهما بألفٍ، وقيمتُهما سواءٌ: فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترىٰ أحدَهما بخمسِمائةٍ، أو أقلَّ: جاز، وإن اشترىٰ بأكثرَ من خمسمائةٍ: لم يَلزَمِ الآمِرَ، إلا أن يشتريَ الباقيَ ببقية الألفِ قبلَ أن يختصما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترىٰ أحدَهما بأكثرَ من نصفِ الألفِ بما يَتغابَنُ الناسُ فيه، وقد بقِيَ من الألف ما يُشترَىٰ بمثله الباقي: جاز.

قال: (ولو أَمَرَه بأن يَشتريَهما بألفٍ، وقيمتُهما سواءٌ: فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترىٰ أحدَهما بخمسِمائةٍ، أو أقلَّ: جاز، وإن اشترىٰ بأكثرَ من خمسمائةٍ: لم يَلزَمِ الآمِرَ).

لأنه قابَلَ الألفَ بهما، وقيمتُهما سواءٌ، فيُقسَمُ بينهما نصفَيْن دلالةً، فكان آمِراً بشراءِ كلِّ واحدٍ منهما بخمسمائة، ثم الشراءُ بها: موافقةٌ، وبأقلَّ منها: مخالفةٌ إلىٰ خيرٍ، وبالزيادة: إلىٰ شرٍّ، قلَّتِ الزيادةُ أو كثُرت، فلا يجوز.

(إلا أن يشتريَ الباقيَ ببقية الألفِ قبلَ أن يختصما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ استحساناً؛ لأن شراءَ الأولِ قائمٌ، وقد حصل غَرَضُه المصرَّحُ به، وهو تحصيلُ العبدين بالألف، وما ثَبَتَ الانقسامُ إلا دلالةً، والصريحُ يفوقُها.

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترىٰ أحدَهما بأكثرَ من نصفِ الألفِ بما يَتغابَنُ الناسُ فيه، وقد بقِيَ من الألف ما يُشترَىٰ بمثله الباقي: جاز).

ومَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ، فأَمَرَه أن يشتريَ بها هذا العبدَ، فاشتراه: جاز.

وإن أَمَرَه أن يشتريَ بها عبداً بغير عَيْنه، فاشتراه، فمات في يده مِن قَبْلِ أن يقبِضَه الآمرُ: مات من مال المشتري، وإن قَبَضَه الآمِرُ: فهو له، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو لازمٌ للآمِر إذا قَبَضَه المأمورُ.

لأن التوكيلَ مطلَقٌ، لكنه يتقيَّدُ بالمتعارَف، وهو فيما قلنا، ولكنْ لا بدَّ أن يبقىٰ من الألف باقيةٌ يُشترَىٰ بمثلها الباقي؛ ليُمكِنَه تحصيلُ غَرَضِ الآمِر.

قال: (ومَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ، فأَمَرَه أن يشتريَ بها هذا العبدَ، فاشتراه: جاز)؛ لأن في تعيينِ المَبيع: تعيينَ البائع؛ ولو عيَّن البائعَ: يجوزُ، علىٰ ما نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن أَمَرَه أن يشتريَ بها عبداً بغير عَيْنه، فاشتراه، فمات في يده مِن قَبْلِ أن يقبِضَه الآمرُ: مات من مال المشتري، وإن قَبَضَه الآمِرُ: فهو له، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو لازمٌ للآمِر إذا قَبَضَه المأمورُ).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أَمَرَه أن يُسلِمَ[1] ما عليه، أو يَصرِفَ ما عليه.

لهما: أن الدراهمَ والدنانيرَ لا تتعيَّنان في المعاوضات، دَيْناً كانت أو عيناً، ألا يُرىٰ أنه لو تبايعا عَيْناً بدينٍ، ثم تصادقا أن لا دَيْنَ: لا يبطلُ

---

(١) أي يعقد عقد سلم، أو يعقد عقد الصرف. البناية ١٢/٥١.

ومَن دَفَعَ إلىٰ آخرَ ألفاً، وأَمَرَه أن يَشتريَ بها جاريةً، فاشتراها، فقال الآمِرُ: اشتريتَها بخمسِمائةٍ، وقال المأمورُ: اشتريتُها بألفٍ: فالقولُ قولُ المأمور.

العقدُ، فصار الإطلاقُ والتقييدُ فيه سواءٌ، فيصحُّ التوكيلُ، ويلزمُ الآمِرَ؛ لأن يدَ الوكيلِ كيده.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها تتعيَّن في الوكالات؛ ألا ترىٰ أنه لو قيَّد الوكالةَ بالعَيْن منها، أو بالدَّيْن منها، ثم استَهلَكَ[1] العينَ، أو أسقط الدينَ: بطلتِ الوكالةُ.

وإذا تعيَّنَتْ: كان هذا تمليكَ الدينِ من غيرِ مَن عليه الدينُ، من دون أن يوكِّلَه بقَبْضه، وذلك لا يجوزُ، كما إذا اشترىٰ بدينٍ علىٰ غيرِ المشتري، أو يكونُ أَمْراً بصَرْفِ ما لا يَملكُه إلا بالقبض قبلَه، وذلك باطلٌ، كما إذا قال: أعطِ ما[2] لي عليكَ مَن شئتَ.

بخلاف ما إذا عيَّن البائعَ؛ لأنه يصيرُ وكيلاً عنه في القبض، ثم يتملَّكُه.

وبخلاف ما إذا أَمرَه بالتصدُّق؛ لأنه جَعَلَ المالَ لله تعالىٰ، وهو معلومٌ، وإذا لم يصحَّ التوكيلُ منه: نَفَذَ الشراءُ علىٰ المأمور، فيهلِكُ من ماله، إلا إذا قَبَضَه الآمِرُ منه؛ لانعقاد البيعِ تعاطياً.

قال: (ومَن دَفَعَ إلىٰ آخرَ ألفاً، وأَمَرَه أن يَشتريَ بها جاريةً، فاشتراها، فقال الآمِرُ: اشتريتَها بخمسِمائةٍ، وقال المأمورُ: اشتريتُها بألفٍ: فالقولُ قولُ المأمور).

---

(١) أي الوكيل.

(٢) ما: اسم موصول.

وإن لم يكن دَفَعَ إليه الألفَ : فالقولُ قولُ الآمر .

ولو أَمَرَه أن يشتريَ له هذا العبدَ، ولم يُسَمِّ له ثمناً، فاشتراه، فقال الآمِرُ : اشتريتَه بخمسِمائة، وقال المأمورُ اشتريتُه : بألفٍ، وصَدَّق البائعُ المأمورَ : فالقولُ قولُ المأمور، مع يمينه .

ومرادُه: إذا كانت تساوي ألفاً؛ لأنه أمينٌ فيه، وقد ادعىٰ الخروجَ عن عُهدةِ الأمانة، والآمِرُ يدَّعي عليه ضمانَ خمسِمائةٍ، وهو يُنكِرُ، فإن كانت تساوي خمسَمائةٍ: فالقولُ قولُ الآمر؛ لأنه خالَفَ، حيث اشترىٰ جاريةً تساوي خمسَمائةٍ، والأَمْرُ تناولَ ما يساوي ألفاً، فيَضمَنُ.

قال: (وإن لم يكن دَفَعَ إليه الألفَ: فالقولُ قولُ الآمر).

أما إذا كانت قيمتُها خمسَمائةٍ: فللمخالفة، وإن كانت قيمتُها ألفاً: فمعناه أنهما يتحالفان؛ لأن الموكِّلَ والوكيلَ في هذا يُنزَّلان منزلةَ البائع والمشتري، وقد وَقَعَ الاختلافُ في الثمن، وموجَبُه: التحالفُ، ثم يُفسَخُ العقدُ الذي جرىٰ بينهما، فتَلزَمُ الجاريةُ المأمورَ.

قال: (ولو أَمَرَه أن يشتريَ له هذا العبدَ، ولم يُسَمِّ له ثمناً، فاشتراه، فقال الآمِرُ: اشتريتَه بخمسِمائة، وقال المأمورُ اشتريتُه: بألفٍ، وصَدَّق البائعُ المأمورَ: فالقولُ قولُ المأمور، مع يمينه).

قيل: لا تحالفَ ها هنا؛ لأنه ارتفع الخلافُ بتصديق البائع، إذ هو حاضرٌ، وفي المسألةِ الأُولىٰ هو غائبٌ، فاعتُبر الاختلافُ.

وقيل: يتحالفان، كما ذكرنا.

. . . .

وقد ذَكَرَ[١] معظمَ يمينِ التحالف، وهو يمينُ البائع، والبائعُ بعد استيفاءِ الثمن: أجنبيٌّ عنهما، وقَبْلَه: أجنبيٌّ عن الموكِّل، إذ لم يَجْرِ بينهما بيعٌ[٢]، فلا يُصدَّقُ عليه، فيبقىٰ الخلافُ، وهذا قولُ الإمام أبي منصور الماتُريدي[٣] رحمه الله، وهو أظهرُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله، وهذا جوابٌ عما يقال: المذكور فيه، فالقول قول المذكور، مع يمينه، فالتحالف يخالف، فأجاب بقوله: وقد ذكر. البناية ١٢/٥٧.

(٢) وفي نُسخ: عقدٌ.

(٣) الماتريدي، نسبةً إلىٰ مَحَلَّة بسمرقند، واسمه: محمد بن محمد بن محمود، الإمام المشهور، المتوفىٰ سنة ٣٣٣هـ، الأعلام ٥/٢٥١.

فصلٌ

في التوكيل بشراء نفسِ العبد

وإذا قال العبدُ لرجلٍ: اشترِ لي نفسي من المولىٰ بألفٍ، ودَفَعَها إليه، فإن قال الرجلُ للمولىٰ: اشتريتُه لنفسِه، فباعه علىٰ هذا الوجه: فهو حُرٌّ، والوَلاءُ للمولىٰ.

وإن لم يعيِّنْ للمولىٰ: فهو عبدٌ للمشتري.

فصلٌ

في التوكيل بشراء نفسِ العبد

قال: (وإذا قال العبدُ لرجلٍ: اشترِ لي نفسي من المولىٰ[1] بألفٍ، ودَفَعَها إليه، فإن قال الرجلُ للمولىٰ: اشتريتُه لنفسِه[2]، فباعه علىٰ هذا الوجه: فهو حُرٌّ، والوَلاءُ للمولىٰ).

لأن بيعَ نفسِ العبدِ منه: إعتاقٌ، وشراءُ العبدِ نفسَه: قَبولُ الإعتاقِ ببدلٍ، والمأمورُ سفيرٌ عنه، إذ لا ترجعُ عليه[3] الحقوقُ، فصار كأنه اشترىٰ نفسَه بنفسه، وإذا كان إعتاقاً: أعقبَ الوَلاءَ.

قال: (وإن لم يعيِّنْ للمولىٰ: فهو عبدٌ للمشتري)؛ لأن اللفظَ حقيقتُه

---

(١) وفي نُسخ: من مولاي.

(٢) أي أضاف العقد إلىٰ العبد.

(٣) وفي نُسخ: إليه.

والألفُ للمولىٰ، وعلىٰ المشتري : ألفٌ مثلُه.

ومَن قال لعبدٍ : اشترِ لي نفسَك من مولاك، فقال لمولاه : بِعْني نفسي لفلانٍ بكذا، ففعل : فهو للآمِرِ.

للمعاوضة، وأمكن العملُ بها إذا لم يُبيِّن[١]، فيُحافَظُ عليها.

بخلاف شراءِ العبدِ نفسَه؛ لأن المَجازَ فيه متعيِّنٌ، وإذا كان معاوضةً: يَثبتُ الملكُ له.

(والألفُ للمولىٰ)؛ لأنه كَسْبُ عبدِه.

(وعلىٰ المشتري: ألفٌ مثلُه[٢]) ثمناً للعبد، فإنه في ذمَّتِه، حيثُ لم يصحَّ الأداءُ.

بخلاف الوكيلِ بشراء العبد من غيره، حيث لا يُشترط بيانُه؛ لأن العقدَيْن هناك علىٰ نَمَطٍ واحدٍ، وفي الحالَيْن المطالبةُ تتوجَّه نحو العاقد.

أما ها هنا فأحدُهما إعتاقٌ مُعقِبٌ للوَلاء، ولا مطالبةَ علىٰ الوكيل، والمولىٰ عساه لا يرضاه، ويرغبُ في المعاوضةِ المَحْضةِ، فلا بد من البيان.

قال: (ومَن قال لعبدٍ: اشترِ لي نفسَك من مولاك، فقال لمولاه: بِعْني نفسي لفلانٍ بكذا، ففعل: فهو للآمِرِ)؛ لأن العبدَ يصلُحُ وكيلاً عن غيره في شراءِ نفسه؛ لأنه أجنبيٌّ عن ماليته، والبيعُ يَرِدُ عليه[٣]؛ من حيث إنه

---

(١) كما أثبتُّ: يبيِّن: في النسخ الخطية، وجاء في نسخة سعدي وفي طبعات الهداية القديمة: يعيِّن. قلت: ومعنىٰ: يعيِّن: أي يبيِّن. كما في نتائج الأفكار ٦٣/٧.

(٢) وفي نُسخ: مثلها. قلت: بحسب التقدير.

(٣) أي علىٰ العبد. نسخة ٧٩٧هـ النسخة السلطانية.

وكذا لو قال: بِعْني نفسي، ولم يقُلْ: لفلانٍ: فهو حُرٌّ.

مالٌ، إلا أنَّ ماليتَه في يده[١]، حتىٰ لا يَملِكُ البائعُ الحَبْسَ بعدَ البيع لاستيفاء الثمن، فإذا أضافه إلىٰ الآمِرِ: صَلُحَ فِعْلُه امتثالاً، فيقعُ العقدُ للآمِرِ.

وإن عَقَدَ لنفسه: فهو حُرٌّ؛ لأنه إعتاقٌ، وقد رضيَ به المولىٰ، دون المعاوضة، والعبدُ وإن كان وكيلاً بشراءِ شيءٍ معيَّنٍ، ولكنه أتىٰ بجنسِ تصرُّفٍ آخَرَ، وفي مثلِه ينفُذُ علىٰ الوكيل.

قال: (وكذا لو قال[٢]: بِعْني نفسي، ولم يقُلْ: لفلانٍ: فهو حُرٌّ)؛ لأن المطلَقَ يحتمِلُ الوجهَيْن، فلا يقعُ امتثالاً بالشكِّ، فيبقىٰ التصرُّفُ واقعاً لنفسه، فلا بدَّ من البيان؛ لاختلاف التصرُّفَيْن، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي العبد.

(٢) أي العبد للمولىٰ.

فصلٌ

في الوكالة في البيع والشراء

والوكيلُ بالبيع والشراءِ لا يجوزُ له أنْ يَعقِدَ مع أبيه وجدِّه، ومَن لا تُقبَلُ شهادتُه له عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يجوزُ بيعُه منهم بمثل القيمة، إلا من عبدِه أو مكاتَبِه.

فصلٌ

في الوكالة في البيع والشراء

قال: (والوكيلُ بالبيع والشراءِ لا يجوزُ له أنْ يَعقِدَ مع أبيه وجدِّه، ومَن لا تُقبَلُ شهادتُه له عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يجوزُ بيعُه منهم بمثل القيمة، إلا من عبدِه أو مكاتَبِه)؛ لأن التوكيلَ مطلَقٌ، ولا تُهمةَ فيه، إذِ الأملاكُ متباينةٌ، والمنافعُ منقطعةٌ.

بخلاف العبد؛ لأنه بيعٌ من نفسِه؛ لأنَّ ما في يد العبد: للمولىٰ.

وكذا للمولىٰ حقٌّ في كَسْب المكاتَبِ، ويَنقلبُ حقيقةً بالعجز.

وله: أن مواضعَ التُّهمة مستثناةٌ عن الوكالات، وهذا موضعُ التهمة، بدليل عدمِ قبولِ الشهادة.

ولأنَّ المنافعَ بينهم متصلةٌ، فصار بيعاً من نفسِه من وجهٍ.

والإجارةُ والصَّرْفُ: علىٰ هذا الخلاف.

والوكيلُ بالبيع يجوزُ بيعُه بالقليلِ والكثيرِ وبالعَرْضِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز بيعُه بنقصانٍ لا يَتغابَنُ الناسُ في مثله، ولا يجوزُ إلا بالدراهم والدنانير.

قال: (والوكيلُ بالبيع يجوزُ بيعُه بالقليلِ والكثيرِ وبالعَرْضِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز بيعُه بنقصانٍ لا يَتغابَنُ الناسُ في مثله، ولا يجوزُ إلا بالدراهم والدنانير)؛ لأن مطلَقَ الأمر يتقيَّدُ بالمتعارَف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتتقيدُ بمواقعها، والمتعارَفُ: البيعُ بثمن المثل، وبالنقود.

ولهذا يتقيَّدُ التوكيلُ بشراء الفَحْم والجَمْدِ والأضحيةِ بزمان الحاجة.

ولأن البيعَ بغَبْنٍ فاحشٍ: بيعٌ من وجهٍ، هبةٌ من وجهٍ، ولهذا لا يملكه الأبُ والوصيُّ.

وكذا المقايضةُ: بيعٌ من وجهٍ، شراءٌ من وجهٍ، فلا يتناولُه مطلَقُ اسمِ البيع.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التوكيلَ بالبيع مطلَقٌ، فيُجرىٰ علىٰ إطلاقه في غير موضعِ التهمة، والبيعُ بالغَبْن الفاحش، أو بالعين متعارَفٌ عند شدة الحاجة إلىٰ الثمن، والتبرُّمِ من العين.

والمسائلُ[1] ممنوعةٌ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله، علىٰ ما هو المَرويُّ عنه، وأنه بيعٌ من كلِّ وجهٍ، حتىٰ إنَّ مَن حَلَفَ لا يبيعُ: يَحنثُ به، غيرَ أن

---

(١) أي مسائل بيع الفحم والجَمْد والأضحية. البناية ١٢/٦٩.

والوكيلُ بالشراء يجوزُ عَقْدُه بمثل القيمة وزيادةٍ يَتغابَنُ الناسُ في مثلِها، ولا يجوزُ بما لا يَتغابَنُ الناسُ في مثله.

والذي لا يَتغابنُ الناسُ في مثلِه: ما لا يَدخلُ تحتَ تقويم المقوِّمين.

الأبَ والوصيَّ لا يملِكَانه مع أنه بيعٌ؛ لأن ولايتَهما نظريةٌ[1]، ولا نظرَ فيه[2].

والمقايضةُ: شراءٌ من كل وجهٍ، وبيعٌ من كلِّ وجهٍ؛ لوجود حدِّ كلِّ واحدٍ منهما.

قال: (والوكيلُ بالشراء يجوزُ عَقْدُه بمثل القيمة وزيادةٍ يَتغابَنُ الناسُ في مثلِها، ولا يجوزُ بما لا يَتغابَنُ الناسُ في مثله)؛ لأن التهمةَ فيه متحقِّقةٌ، فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافِقْه: أَلْحَقَه بغيره، علىٰ ما مَرَّ.

حتىٰ لو كان وكيلاً بشراءِ شيءٍ بعَيْنه: قالوا[3]: يَنفُذُ علىٰ الآمِرِ؛ لأنه لا يملِكُ شراءَه لنفسه.

وكذا الوكيلُ بالنكاح إذا زوَّجه امرأةً بأكثرَ من مهر مثلِها: جاز عنده؛ لأنه لا بدَّ من الإضافة إلىٰ الموكِّل في العقد، فلا تتمكَّنُ هذه التهمةُ، ولا كذلك الوكيلُ بالشراء؛ لأنه يُطلِقُ العقدَ.

قال: (والذي لا يَتغابنُ الناسُ في مثلِه[4]: ما لا يَدخلُ تحتَ تقويم المقوِّمين).

---

(١) أي مقيدة بشرط النظر والمصلحة.

(٢) أي في الغبن الفاحش.

(٣) أي عامة المشايخ. البناية ١٢/٧٠.

(٤) وفي نُسخ: لا يتغابن الناسُ فيه.

وإذا وكَّله ببيع عبده، فباع نصفَه : جاز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : لا يجوزُ، إلا أن يبيعَ النصفَ الآخَرَ قبلَ أن يختصما.

وقيل: في العروض: دَهْ نِيْم[١]، وفي الحيوانات: دَهْ يازْدَه[٢]، وفي العقارات: دَه دوازْدَه[٣]؛ لأن التصرُّفَ يكثُرُ وجودُه في الأول، ويَقِلُّ في الأخير، ويتوسَّطُ في الأوسط.

وكثرةُ الغَبْن: لقلَّة التصرُّف.

قال: (وإذا وكَّله ببيع عبده، فباع نصفَه: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأن اللفظَ مطلَقٌ عن قَيْدِ الافتراق والاجتماع؛ ألا ترىٰ أنه لو باع الكلَّ بثمن النصف: يجوزُ عنده، فإذا باع النصفَ به: أَوْلىٰ.

(وقالا: لا يجوزُ)؛ لأنه غيرُ متعارَفٍ؛ لِمَا فيه من ضرر الشركة.

(إلا أن يبيعَ النصفَ الآخَرَ قبلَ أن يختصما)؛ لأن بيعَ النصفِ قد يقعُ وسيلةً إلىٰ الامتثال، بأن لا يجدَ مَن يشتريه جملةً، فيَحتاجُ إلىٰ أن يُفرِّقَ[٤].

فإذا باع الباقيَ قبلَ نَقْضِ البيعِ الأول: تبيَّن أنه وَقَعَ وسيلةً، وإذا لم يَبِع: ظَهَرَ[٥] أنه لم يقعْ وسيلةً، فلا يجوز، وهذا استحسانٌ عندهما.

---

(١) باللغة الفارسية، والمراد: نصف درهم. البناية ١٢/٧٢.

(٢) اسمٌ لأحد عشر.

(٣) اسمٌ لاثني عشر.

(٤) أي أن يبيع نصفه.

(٥) أي البيع الأول.

وإن وكَّله بشراء عبدٍ، فاشترىٰ نصفَه : فالشراءُ موقوفٌ، فإن اشترىٰ باقِيَه : لَزِمَ الموكِّلَ.

ومَن أَمَرَ رجلاً ببيع عبدِه، فباعه، وقَبَضَ الثمنَ أو لم يقبضه، فردَّه المشتري عليه بعيبٍ لا يحدُثُ مثلُه بقضاءِ القاضي، ببيِّنةٍ أو بإباءِ يمينٍ أو بإقرارٍ : فإنه يَردُّه علىٰ الآمر.

قال: (وإن وكَّله بشراء عبدٍ، فاشترىٰ نصفَه: فالشراءُ موقوفٌ، فإن اشترىٰ باقِيَه: لَزِمَ الموكِّلَ)؛ لأن شراءَ البعضِ قد يقعُ وسيلةً إلىٰ الامتثال، بأن كان موروثاً بين جماعةٍ، فيَحتاجُ إلىٰ شرائه شِقْصاً شِقْصاً، فإذا اشترىٰ الباقيَ قبلَ ردِّ الآمِرِ البيعَ: تبيَّن أنه وَقَعَ وسيلةً، فينفُذُ علىٰ الآمِرِ، وهذا بالاتفاق.

والفَرْقُ لأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ في الشراء تتحقَّقُ التهمةُ، علىٰ ما مرَّ.

وفرقٌ آخَرُ[1]: أنَّ الأمرَ بالبيع يصادفُ ملكَه، فيصحُّ، فيُعتبرُ فيه إطلاقُه، والأمرُ بالشراء صادَفَ ملكَ الغير: فلم يصحَّ، فلا يُعتبرُ فيه التقييدُ والإطلاقُ[2].

قال: (ومَن أَمَرَ رجلاً ببيع عبدِه، فباعه، وقَبَضَ الثمنَ أو لم يقبضه، فردَّه المشتري عليه[3] بعيبٍ لا يحدُثُ مثلُه بقضاءِ القاضي، ببيِّنةٍ أو بإباءِ يمينٍ أو بإقرارٍ: فإنه يَردُّه علىٰ الآمر)؛ لأن القاضيَ تيقَّن بحدوث العيبِ في يدِ البائع، فلم يكن قضاؤه مستنِداً إلىٰ هذه الحُجَج.

---

(١) أي وفَرْقٌ آخَرُ لأبي حنيفة رحمه الله.

(٢) فاعتُبر العُرف. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) أي علىٰ الوكيل.

وكذلك إن ردَّه عليه بعيبٍ يَحدُث مثلُه ببيِّنةٍ، أو بإباءِ يمين.

فإن كان ذلك بإقرارٍ: لَزِمَ المأمورَ.

وتأويلُ اشتراطِها في «الكتاب[1]»: أنَّ القاضيَ يَعلمُ أنه لا يَحدُثُ مثلُه في مدةِ شهرٍ مثلاً، لكنه اشتبه عليه تاريخُ البيع، فيَحتاجُ إلىٰ هذه الحُجَجِ لظهور التاريخ.

أو كان عيباً لا يعرِفُه إلا النساءُ أو الأطباء، وقولُهنَّ وقولُ الطبيبِ حُجَّةٌ في توجُّه الخصومةِ، لا في الردِّ، فيَفتقرُ إليها[2] في الردِّ.

حتىٰ لو كان القاضي عايَنَ البيعَ، والعيبُ ظاهرٌ: لا يَحتاجُ إلىٰ شيءٍ منها، وهو ردٌّ علىٰ الموكِّل، فلا يَحتاجُ الوكيلُ إلىٰ ردٍّ وخصومةٍ.

قال: (وكذلك إن ردَّه عليه بعيبٍ يَحدُث مثلُه ببيِّنةٍ، أو بإباءِ يمين)؛ لأن البينةَ حجةٌ مطلَقةٌ، والوكيلُ مضطرٌ في النُّكولِ لبُعد العيب عن علمه، باعتبار عدمِ ممارستِه المبيعَ، فلَزِمَ الآمِرَ.

قال: (فإن كان ذلك بإقرارٍ: لَزِمَ المأمورَ)؛ لأن الإقرارَ حُجَّةٌ قاصِرةٌ، وهو غيرُ مضطَرٍّ إليه؛ لإمكانه السكوتَ[3] أو النُّكولَ[4]، فيعرِضُ عليه اليمينَ لينكُلَ عنها، إلا أنَّ له أنِ يُخاصِمَ الموكِّلَ، فيُلزِمَه ببينةٍ، أو بنُكوله.

---

(١) أي الجامع الصغير. البناية ٧٦/١٢.

(٢) أي إلىٰ الحُجَج.

(٣) وفي نُسخ: بالرفع: السكوتُ والنكولُ.

(٤) وفي نُسخ: والنكول.

ومَن قال لآخَرَ: أَمَرْتُكَ ببيع عبدي بنقدٍ، فبعتَه بنسيئةٍ، وقال المأمورُ: أمرتَني ببيعِه، ولم تَقُلْ شيئاً: فالقولُ قولُ الآمِرِ.

وإن اختَلفَ في ذلك المضارِبُ وربُّ المال: فالقولُ قولُ المضارب.

بخلاف ما إذا كان الردُّ بغير قضاءٍ بإقراره، والعيبُ يحدُثُ مثلُه، حيث لا يكونُ له أن يُخاصِمَ بائعَه؛ لأنه بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، والبائعُ ثالثُهما.

والردُّ بالقضاء: فَسْخٌ؛ لعموم ولايةِ القاضي، غيرَ أن الحُجَّةَ قاصرةٌ، وهي الإقرارُ، فمِن حيث الفسخُ: كان له أن يخاصِمَه، ومن حيث القصورُ: لا يَلزمُ الموكِّلَ إلا بحجةٍ.

ولو كان العيبُ لا يَحدُثُ مثلُه، والردُّ بغير قضاءٍ بإقراره: يلزمُ الموكلَ من غير خصومةٍ، في روايةٍ؛ لأن الردَّ متعيِّنٌ.

وفي عامة الروايات: ليس له أن يخاصِمَ الموكِّلَ؛ لِمَا ذكرنا.

والحَقُّ في وَصْفِ السلامة، ثم ينتقلُ إلىٰ الردِّ، ثم إلىٰ الرجوعِ بالنقصان، فلم يتعيَّنِ الردُّ، وقد بيَّنّاه في الكفاية[1] بأطولَ من هذا.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: أَمَرْتُكَ ببيع عبدي بنقدٍ، فبعتَه بنسيئةٍ، وقال المأمورُ: أمرتَني ببيعِه، ولم تَقُلْ شيئاً: فالقولُ قولُ الآمِرِ)؛ لأن الأمرَ يُستفادُ من جهته، ولا دلالةَ علىٰ الإطلاق.

قال: (وإن اختَلفَ في ذلك المضارِبُ وربُّ المال: فالقولُ قولُ المضارب)؛ لأن الأصلَ في المضاربة العمومُ، ألا ترىٰ أنه يَملِكُ التصرفَ بذكر لفظِ: المضاربة، فقامتْ دلالةُ الإطلاق.

---

(١) أي في كتابه: كفاية المنتهي.

ومَن أَمَرَ رجلاً ببيع عبدِه، فباعه، وأَخَذَ بالثمن رهناً، فضاع في يده، أو أَخَذَ به كفيلاً، فتَوَىٰ المالُ عليه: فلا ضمانَ عليه.

بخلاف ما إذا ادعىٰ ربُّ المالِ المضاربةَ في نوعٍ، والمضارِبُ في نوعٍ آخَرَ: حيث يكونُ القولُ لربِّ المال؛ لأنه سقط الإطلاقُ بتصادقهما، فنَزَلَ إلىٰ الوكالةِ المحضة.

ثم مطلَقُ الأمر بالبيع: ينتظِمُه نقداً ونسيئةً إلىٰ أيِّ أجلٍ كان عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يتقيدُ بأجلٍ متعارَفٍ، والوجهُ قد تقدَّم[1].

قال: (ومَن أَمَرَ رجلاً ببيع عبدِه، فباعه، وأَخَذَ بالثمن رهناً، فضاع في يده، أو أَخَذَ به كفيلاً، فتَوَىٰ المالُ عليه: فلا ضمانَ عليه).

لأن الوكيلَ أصيلٌ في الحقوق، وقَبْضُ الثمن: منها، والكفالةُ تَوَثُّقٌ به، والارتهانُ وثيقةٌ لجانب الاستيفاء، فيملِكُهما.

بخلاف الوكيلِ بقبض الدَّيْن؛ لأنه يفعلُ نيابةً، وقد أنابه في قَبْضِ الدَّيْن، دونَ الكفالةِ وأَخْذِ الرهن، والوكيلُ بالبيع يقبضُ أصالةً، ولهذا لا يملكُ الموكِّلُ حَجْرَه عنه[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة التوكيل بالبيع.

(٢) أي عن قبض الثمن.

فصلٌ

وإذا وكَّل وكيلَيْن: فليس لأحدِهما أن يَتصرَّف فيما وُكِّلا به، دونَ الآخَر، إلا أن يوكِّلَهما بالخصومة.

فصلٌ

في بيان وكالة الاثنين

قال: (وإذا وكَّل وكيلَيْن: فليس لأحدِهما أن يَتصرَّف فيما وُكِّلا به، دونَ الآخَر).

وهذا في تصرُّفٍ يُحتاجُ فيه إلىٰ الرأي، كالبيع والخُلْع والنكاح والإجارة، وغيرِ ذلك، لأن الموكِّلَ رضيَ برأيهما، لا برأي أحدِهما، والبدلُ وإن كان مقدَّراً[١]، ولكنَّ التقديرَ لا يَمنعُ استعمالَ الرأيِ في الزيادة[٢]، واختيارِ المشتري[٣].

قال: (إلا أن يوكِّلَهما بالخصومة)؛ لأن الاجتماعَ فيها متعذِّرٌ؛ للإفضاءِ إلىٰ الشَّغْب في مجلس القضاء، والرأيُ يُحتاجُ إليه سابقاً لتقويم[٤] الخصومة.

---

(١) يعني وإن بيَّن الموكِّلُ الثمن.

(٢) أي زيادة الثمن عند اجتماع الرأي؛ لذكاء أحدهما، ومعرفته التامة.

(٣) أي في اختيار المشتري الذي يشتري منهما ما وُكِّلا ببيعه؛ لأن من المشترين مَن يماطلُ في أداء الثمن، فيختار الآخرُ مَن لا يماطِل. البناية ١٢/٨٣.

(٤) وفي نُسخ: لتقديم.

أو بطلاقِ زوجتِه بغير عِوَضٍ، أو بعتقِ عبدِه بغير عوضٍ، أو بردِّ وديعةٍ عنده، أو قضاءِ دَيْنٍ عليه.

وليس للوكيل أن يُوكِّلَ فيما وُكِّلَ به.

إلا أن يأذَنَ له الموكِّلُ، أو يقولَ له: اعمَلْ برأيك.

قال: (أو بطلاقِ زوجتِه بغير عِوَضٍ، أو بعتقِ عبدِه بغير عوضٍ، أو بردِّ وديعةٍ عنده، أو قضاءِ دَيْنٍ عليه)؛ لأن هذه الأشياءَ لا يُحتاجُ فيها إلىٰ الرأي، بل هو تعبيرٌ مَحْضٌ، وعبارةُ المَثْنىٰ والواحدِ: سواءٌ.

وهذا بخلاف ما إذا قال لهما: طلِّقاها إن شئتُما، أو قال: أَمْرُها بأيديكما؛ لأنه تفويضٌ إلىٰ رأيهما؛ ألا ترىٰ أنه تمليكٌ يقتصِرُ علىٰ المجلس، ولأنه عَلَّقَ الطلاقَ بفعلهما، فاعتُبِرَ[1] بدخولهما[2].

قال: (وليس للوكيل أن يُوكِّلَ فيما وُكِّلَ به)؛ لأنه فَوَّضَ إليه التصرفَ، دونَ التوكيلِ به، وهذا لأنه رضِيَ برأيه، والناسُ متفاوتون في الآراء.

قال: (إلا أن يأذَنَ له الموكِّلُ)؛ لوجود الرضا.

(أو يقولَ له: اعمَلْ برأيك)؛ لإطلاقِ التفويضِ إلىٰ رأي الوكيل.

وإذا جاز في هذا الوجه: يكون الثاني وكيلاً عن الموكِّل، حتىٰ لا يملِكُ الأولُ عَزْلَه، ولا يَنعزلُ بموته، وينعزلان بموتِ الأول، وقد مرَّ نظيرُه في أدب القاضي.

---

(١) وفي نُسخ: فاعتَبَرَه.

(٢) أي فاعتُبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخولهما الدار، فإنَّ بدخول أحدهما: لا يقع الطلاق، فكذا ها هنا. البناية ١٢/٨٥.

فإن وَكَّلَ بغير إذنِ موكِّلِه، فعَقَدَ وكيلُه بحضرته : جاز.

وإن عَقَدَ في حال غَيْبته : لم يَجُزْ.

وكذا لو باع غيرُ الوكيلِ، فبلَغَه، فأجازه : جاز.

وإذا زوَّج المكاتَبُ أو العبدُ أو الذميُّ ابنتَه، وهي صغيرةٌ حرَّةٌ. . . . .

قال: (فإن وكَّلَ بغير إذنِ موكِّلِه، فعَقَدَ وكيلُه بحضرته: جاز)؛ لأن المقصودَ حضورُ رأيِ الأولِ، وقد حَضَرَ، وتكلَّموا في حقوقِه[1].

قال: (وإن عَقَدَ في حال غَيْبته: لم يَجُزْ)؛ لأنه فاته رأيُه، إلا أن يَبْلُغَه، فيُجيزَه: جاز.

قال: (وكذا لو باع غيرُ الوكيلِ، فبلَغَه، فأجازه: جاز)؛ لأنه حَضَرَه رأيُه.

ولو قَدَّر الأولُ الثمنَ للثاني، فعَقَدَ بغَيْبته: يجوز؛ لأن الرأيَ يُحتاجُ إليه فيه[2]؛ لتقدير الثمنِ ظاهراً، وقد حصل.

وهذا بخلاف ما إذا وكَّلَ وكيلَيْن، وقَدَّرَ الثمنَ؛ لأنه لَمَّا فَوَّض إليهما مع تقديرِ الثمن: ظَهَرَ أن غَرَضَه اجتماعُ رأيِهما في الزيادة، واختيارِ المشتري، علىٰ ما بيَّنَّاه.

أما إذا لم يُقدِّرِ الثمنَ، وفَوَّضَ إلىٰ الأول: كان غرضُه رأيَه في معظم الأمر، وهو التقديرُ في الثمن.

قال: (وإذا زوَّج المكاتَبُ أو العبدُ أو الذميُّ[3] ابنتَه، وهي صغيرةٌ حرَّةٌ

---

(١) أي تكلم مشايخ الحنفية في حقوق العقد الثاني. البناية ١٢/٨٧.

(٢) أي في العقد.

(٣) كما لو أن امرأةً تحته، وطلَّقها ولها بنتٌ، ثم أسلمت، وماتت، وبقيت البنت.

مسلمةٌ، أو باع أو اشترىٰ لها : لم يَجُزْ.

وقالا : والمرتدُّ إذا قُتِلَ علىٰ رِدَّته، والحربيُّ : كذلك.

مسلمةٌ، أو باع أو اشترىٰ لها: لم يَجُزْ).

معناه: التصرُّفُ في مالِها؛ لأن الرِّقَّ والكفرَ يقطعان الولاية، ألا يُرىٰ أن المَرقوقَ لا يَملِكُ إنكاحَ نفسِه، فكيف يَملكُ إنكاحَ غيرِه؟!

وكذا الكافرُ[1]؛ لأنه لا ولايةَ له علىٰ المسلم، حتىٰ لا تُقبَلُ شهادتُه عليه.

ولأن هذه ولايةٌ نظريةٌ، فلا بدَّ من التفويضِ إلىٰ القادرِ المُشفِقِ؛ ليتحقَّق معنىٰ النظرِ، والرِّقُّ يُزيلُ القدرةَ، والكفرُ يَقطعُ الشفقةَ علىٰ المسلم، فلا يُفوَّضُ إليهما.

(وقالا: والمرتدُّ إذا قُتِلَ علىٰ رِدَّته، والحربيُّ: كذلك[2])؛ لأن الحربيَّ أبعدُ من الذميِّ، فأَوْلىٰ أن يُسْلَبَ الولايةَ، وأما المرتدُّ فتصرُّفُه في ماله وإن كان نافذاً عندهما، لكنه موقوفٌ علىٰ ولدِه، ومالِ ولدِه[3]، بالإجماع؛ لأنها ولايةٌ نظريةٌ، وذلك باتفاق المِلَّة.

وهي متردِّدةٌ، ثم تَستقرُّ جهةُ الانقطاعُ إذا قُتِلَ علىٰ الردة، فيبطلُ، وبالإسلام: يُجعَلُ كأنه لم يَزَلْ كان مسلماً؛ فيصحُّ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي لا يملك إنكاح غيره.

(٢) أي تصرُّفهما علىٰ المسلم لا يجوز، وخَصَّ هذا بالذكر: لأن الشبهة تَرِدُ علىٰ قولهما؛ لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما: نافذَةٌ. البناية ١٢/ ٩٠.

(٣) أي لكن تصرُّفَه موقوفٌ علىٰ إسلامه، إن أسلم: صحَّ، وإلا: بطل، فولايته علىٰ ولده، ومال ولده موقوفٌ علىٰ إسلامه. اهـ نتائج الأفكار ٧/ ٩٨.

باب

الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيلُ بالخصومة : وكيلٌ بالقبض

باب

الوكالة بالخصومة والقبض

قال: (الوكيلُ بالخصومة: وكيلٌ بالقبض) عندنا[١]، خلافاً لزفر رحمه الله.

هو يقول: رضِيَ بخصومتِه، والقبضُ غيرُ الخصومة، ولم يرضَ به.

ولنا: أن مَن مَلَكَ شيئاً: مَلَكَ إتمامَه، وتَمَامُ الخصومةِ وانتهاؤها بالقبض.

والفتوىٰ اليومَ علىٰ قولِ زفرَ رحمه الله؛ لظهور الخيانةِ في الوكلاء، وقد يُؤتَمَنُ علىٰ الخصومةِ مَن لا يُؤتَمَنُ علىٰ المال.

ونظيرُه: الوكيلُ بالتقاضي: يَملكُ القبضَ، علىٰ أصلِ الرواية؛ لأنه في معناه وَضْعاً[٢]، إلا أن العُرفَ بخلافه، وهو قاضٍ علىٰ الوضع، والفتوىٰ اليومَ علىٰ أنه لا يَملِك.

---

(١) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله، كما في مختصر القدوري ص١٧٩.

(٢) أي من حيث الوضع واللغة.

فإن كانا وكيلَيْن بالخصومة : لا يَقبِضان إلا معاً.

والوكيلُ بقَبْض الدَّيْن : يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا يكون خصماً.

قال: (فإن كانا وكيلَيْن بالخصومة: لا يَقبِضان إلا معاً)؛ لأنه رضِيَ بأمانتهما، لا بأمانةِ أحدِهما، واجتماعُهما علىٰ القبضِ ممكنٌ، بخلاف الخصومة، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (والوكيلُ بقَبْض الدَّيْن: يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله)، حتىٰ لو أُقيمتْ عليه البينةُ علىٰ استيفاء الموكِّل، أو إبرائه: تُقبَلُ عنده.

(وقالا: لا يكون خصماً)، وهو روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة رحمهما الله؛ لأن القبضَ غيرُ الخصومة، وليس كلُّ مَن يُؤتَمَنُ علىٰ المال: يهتدي في الخصومات، فلم يكنِ الرضا بالقبض: رضاً بها[1].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه وكَّلَه بالتملك؛ لأن الديونَ تُقضىٰ بأمثالها، إذْ قَبْضُ الدينِ نفسه لا يُتصوَّر، إلا أنه جُعِل استيفاءً لعينِ حقِّه من وجهٍ، فأشبه الوكيلَ بأَخْذِ الشفعةِ، والرجوعِ في الهبة، والوكيلِ بالشراء، والقسمةِ، والردِّ بالعيب، وهذا[2] أشبهُ بأخذِ الشفعة، حتىٰ يكونَ خصماً قبلَ القبض، كما يكونُ خصماً قبلَ الأخذ هنالك.

---

(١) أي بالخصومة.

(٢) أي الوكيل بقبض الدين، وفي نُسخ: وهذه، أي هذه مسألة الوكيل بقبض الدين. البناية ١٢/٩٤.

والوكيلُ بقَبْض العين: لا يكونُ وكيلاً بالخصومة، بالإجماع.

حتىٰ إنَّ مَن وكَّلَ وكيلاً بقَبْض عبدٍ له، فأقام الذي هو في يدِه العبدُ البينةَ أن الموكِّلَ باعه إياه: وُقِفَ الأمرُ حتىٰ يَحضُرَ الغائبُ.

وكذلك الطلاق والعَتاقُ، وغيرُ ذلك.

والوكيلُ بالشراء لا يكونُ خصماً قبلَ مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلةَ تقتضي حقوقاً، وهو أصيلٌ فيها، فيكونُ خصماً فيها.

قال: (والوكيلُ بقَبْض العين: لا يكونُ وكيلاً بالخصومة، بالإجماع[1])؛ لأنه أمينٌ مَحْضٌ، والقبضُ ليس بمبادلةٍ، فأشبَهَ الرسولَ.

(حتىٰ إنَّ مَن وكَّلَ وكيلاً بقَبْض عبدٍ له، فأقام الذي هو في يدِه العبدُ البينةَ أن الموكِّلَ باعه إياه: وُقِفَ الأمرُ حتىٰ يَحضُرَ الغائبُ)، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أن يُدفَعَ إلىٰ الوكيل؛ لأنَّ البينةَ قامت لا علىٰ خصمٍ، فلم تُعتبر.

وجهُ الاستحسان: أنه خصمٌ في قَصرِ يدِه؛ لقيامه مَقامَ الموكِّل في القبض، فتُقصَرُ يدُه[2].

حتىٰ لو حضرَ البائعُ الغائبُ: تُعادُ البينةُ علىٰ البيع، فصار كما إذا أقام البينةَ علىٰ أن الموكِّلَ عزَلَه عن ذلك: فإنها تُقبَلُ في قَصْرِ يدِه، كذا هذا.

قال: (وكذلك الطلاق والعَتاقُ، وغيرُ ذلك).

---

(١) أي باتفاق الحنفية. البناية ١٢/٩٤.

(٢) أي عن الدعوىٰ، وفي نُسخ: فتَقتِصر يده.

وإذا أقرَّ الوكيلُ بالخصومة علىٰ موكِّلِه عند القاضي: جاز إقرارُه عليه، ولا يجوزُ عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله؛ استحساناً، إلا أنه يَخرجُ عن الوكالة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز إقرارُه عليه وإن أقرَّ في غير مجلسِ القضاء.

ومعناه: إذا أقامتِ المرأةُ البينةَ علىٰ الطلاق، والعبدُ أو الأمةُ علىٰ العَتاق: علىٰ الوكيل بنَقْلهم[1]: تُقبَلُ في قَصرِ يدِه حتىٰ يَحضُرَ الغائبُ؛ استحساناً، دون العتقِ، والطلاق[2].

قال: (وإذا أقرَّ الوكيلُ بالخصومة علىٰ موكِّلِه عند القاضي: جاز إقرارُه عليه، ولا يجوزُ عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله؛ استحساناً، إلا أنه يَخرجُ عن الوكالة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز إقرارُه عليه وإن أقرَّ في غير مجلسِ القضاء).

وقال زفرُ والشافعي[3] رحمهما الله: لا يجوز في الوجهَيْن، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً، وهو القياسُ؛ لأنه مأمورٌ بالخصومة، وهي منازَعةٌ، والإقرارُ يُضادُّه؛ لأنه مسالَمةٌ، والأمرُ بالشيء لا يتناولُ ضدَّه،

---

(١) أي بنقل المرأة والعبد والأمة.

(٢) أي لا تُقبل البينةُ في حَقِّ ثبوت العتق والطلاق؛ لأن الوكيلَ ليس بخصمٍ فيهما، ولكنه خصمٌ في قَصْر يده. البناية ١٢/٩٥.

(٣) الحاوي الكبير ١٦/٢٠٧.

. . . .

ولهذا لا يَملِكُ الصلحَ والإبراءَ، ويصحُّ إذا استثنىٰ الإقرارَ.

وكذا لو وكَّله بالجواب مطلَقاً: يتقيَّدُ بجوابٍ هو خصومةٌ؛ لجريان العادة بذلك[1]، ولهذا يُختارُ فيها الأَهْدىٰ، فالأَهْدىٰ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أن التوكيلَ صحيحٌ قطعاً، وصحتَه بتناوُلِه ما يملكُه قطعاً، وذلك مطلَقُ الجواب، دون أحدِهما عيناً، وطريقُ المجازِ موجودٌ، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ، فيُصرَفُ إليه تحرِّياً للصحة قطعاً.

ولو استثنىٰ الإقرارَ: فعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يصحُّ؛ لأنه لا يَملِكُه.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يصحُّ؛ لأنَّ للتنصيص زيادةَ دلالةٍ علىٰ مِلْكِهِ إياه؛ وعند الإطلاق: يُحمَلُ علىٰ الأَوْلىٰ، وهو مطلَق الجواب.

وعنه: أنه فَصَلَ بين الطالبِ والمطلوب[2]، ولم يصحِّحْه في الثاني؛ لكونه مجبوراً عليه، ويُخيَّرُ الطالبُ فيه[3].

فبعد ذلك[4]: يقول أبو يوسف رحمه الله: إن الوكيلَ قائمٌ مقامَ الموكِّل، وإقرارُه لا يختصُّ بمجلس القضاء، فكذا إقرارُ نائبِه.

---

(١) جملة: لجريان العادة بذلك: مثبتةٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي المدعي والمدعىٰ عليه.

(٣) بأن لا يُجبر علىٰ الخصومة.

(٤) هذا شروعٌ في بيان المُحاجَّة مع أبي يوسف رحمه الله بعد فراغ المحاجة مع زفر رحمه الله، أي بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلىٰ مطلق الجواب.

ومَن كَفَلَ بمالٍ عن رجلٍ، فوكَّلَه صاحبُ المالِ بقَبْضه عن الغريم: لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً.

وهما يقولان: إن التوكيلَ يتناولُ جواباً يُسمىٰ خصومةً حقيقةً أو مجازاً.

والإقرارُ في مجلس القضاءِ خصومةٌ مجازاً، إما لأنه خَرَجَ في مقابلة الخصومة، أو لأنها[1] سببٌ له[2]؛ لأنَّ الظاهرَ إتيانُه بالمستَحَقِّ، وهو الجوابُ في مجلسِ القضاء، فيَختصُّ به.

لكن إذا أُقيمت البينةُ علىٰ إقراره في غيرِ مجلسِ القضاء: يَخرجُ من الوكالة، حتىٰ لا يُؤمَرُ بدفع المالِ إليه؛ لأنه صار مناقِضاً، وصار كالأب أو الوصيِّ إذا أقرَّ في مجلس القضاء: لا يصحُّ، ولا يُدفَعُ المالُ إليهما[3].

قال: (ومَن كَفَلَ بمالٍ عن رجلٍ، فوكَّلَه صاحبُ المال بقَبْضه عن الغريم: لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً)؛ لأن الوكيلَ مَن يعملُ لغيره، ولو صحَّحناها: صار عاملاً لنفسِه في إبراءِ ذمتِه، فانعدم الركنُ[4].

ولأن قبولَ قولِه ملازِمٌ للوكالة؛ لكونه أميناً، ولو صحَّحناها: لا يُقبلُ[5]؛ لكونه مُبْرِئاً نفسَه، فينعدمُ بانعدام لازِمِه[6].

---

(١) أي الخصومة.

(٢) أي للإقرار.

(٣) وفي نُسخ: إليه.

(٤) أي العمل للغير.

(٥) أي لا يقبل قوله. البناية ١٠١/١٢.

(٦) أي لازم التوكيل، وهو قبول قول الوكيل. البناية ١٠١/١٢، وفي نُسخ: لازِمَتِه.

ومَن ادعىٰ أنه وكيلُ الغائب في قَبْضِ دينِه، فصَدَّقه الغريمُ: أُمِرَ بتسليم الدَّيْن إليه.

فإن حَضَرَ الغائبُ، فصدَّقه، وإلا: دَفَعَ إليه الغريمُ الدَّيْنَ ثانياً.

ويَرْجعُ به علىٰ الوكيل إن كان باقياً في يدِه.

وإن كان ضاع في يده: لم يَرجعْ عليه، إلا أن يكونَ ضَمَّنَه عند الدفع.

وهو نظيرُ عبدٍ مأذونٍ مديونٍ أعتقه مولاه، حتىٰ ضَمِنَ قيمتَه للغرماء، ويطالَبُ العبدُ بجميع الدَّيْن.

فلو وكَّله الطالبُ بقبض المالِ عن العبد: كان باطلاً؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (ومَن ادعىٰ أنه وكيلُ الغائب في قَبْضِ دينِه، فصَدَّقه الغريمُ: أُمِرَ بتسليم الدَّيْن إليه)؛ لأنه إقرارٌ علىٰ نفسه؛ لأن ما يَقضيه خالصُ مالِه.

(فإن حَضَرَ الغائبُ، فصدَّقه، وإلا: دَفَعَ إليه الغريمُ الدَّيْنَ ثانياً)؛ لأنه لم يَثبتِ الاستيفاءُ، حيث أنكر الوكالةَ، والقولُ في ذلك قولُه، مع يمينه، فيفسُدُ الأداءُ.

(ويَرْجعُ به علىٰ الوكيل إن كان باقياً في يدِه)؛ لأنَّ غَرَضَه من الدفع براءةُ ذمتِه، ولم تحصل، فله أن يَنقُضَ قَبْضَه.

(وإن كان ضاع في يده: لم يَرجعْ عليه)؛ لأنه بتصديقه اعترف أنه مُحِقٌّ في القبض، وهو مظلومٌ في هذا الأخذ، والمظلومُ لا يَظلِمُ غيرَه.

قال: (إلا أن يكونَ ضَمَّنَه عند الدفع)؛ لأن المأخوذَ ثانياً مضمونٌ عليه

ولو كان الغريمُ لم يُصَدِّقْه علىٰ الوكالة، ودَفَعَه إليه علىٰ ادعائه، فإن رَجَعَ صاحبُ المال علىٰ الغريم: رَجَعَ الغريمُ علىٰ الوكيل.

ومَن قال: إني وكيلُ فلانٍ بقَبْضِ الوديعة، فصدَّقَه المودَعُ: لم يُؤمَرْ بالتسليم إليه.

في زُعْمهما، وهذه كفالةٌ أُضيفت إلىٰ حالةِ القبض، فتصحُّ، بمنزلة الكفالة بما ذاب[1] له علىٰ فلان.

قال: (ولو كان الغريمُ لم يُصَدِّقْه علىٰ الوكالة، ودَفَعَه إليه علىٰ ادعائه، فإن رَجَعَ صاحبُ المال علىٰ الغريم: رَجَعَ الغريمُ علىٰ الوكيل)؛ لأنه لم يُصَدِّقْه علىٰ[2] الوكالة، وإنما دَفَعَه إليه علىٰ رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاؤه: رجع عليه.

وكذا إذا دَفَعَه إليه علىٰ تكذيبه إياه في الوكالة، وهذا أظهرُ؛ لِمَا قلنا.

وفي الوجوه كلِّها[3]: ليس له أن يَستَردَّ المدفوعَ حتىٰ يَحضُرَ الغائبُ؛ لأن المؤدَّىٰ صار حقاً للغائب، إما ظاهراً أو محتمِلاً، فصار كما إذا دَفَعَه إلىٰ فضوليٍّ علىٰ رجاءِ الإجازة: لم يَملِكِ الاستردادَ؛ لاحتمال الإجازة.

ولأنَّ مَن باشر التصرُّفَ لغرضٍ: ليس له أن يَنقُضَه ما لم يقعِ اليأسُ عن غرضه.

قال: (ومَن قال: إني وكيلُ فلانٍ بقَبْضِ الوديعة، فصدَّقَه المودَعُ: لم يُؤمَرْ بالتسليم إليه)؛ لأنه أقرَّ له بمالِ الغير، بخلاف الدَّيْن، علىٰ ما مَرَّ.

---

(١) أي بما ثبت ووجب.

(٢) وفي نُسخ: في.

(٣) أي الأربعة.

فإن وكَّل وكيلاً بقَبْض ماله، فادَّعىٰ الغريمُ أن صاحبَ المال قد استوفاه: فإنه يَدفعُ المالَ إليه، ويَتَّبِعُ ربَّ المال، فيَستحلِفُه.

وإن وكَّله بالردِّ بعيبٍ في جاريةٍ، فادَّعىٰ البائعُ رضا المشتري: لم يَرُدَّ عليه حتىٰ يَحلِفَ المشتري.

ولو ادَّعىٰ أنه مات أبوه، وتَرَكَ الوديعةَ ميراثاً له، ولا وارثَ له غيرُه، وصدَّقه المودَعُ: أُمِرَ بالدفع إليه؛ لأنه لا يبقىٰ مالُه بعد موته، فقد اتفقا علىٰ أنه مالُ الوارث.

ولو ادَّعىٰ أنه اشترىٰ الوديعةَ من صاحبها، فصدَّقه المودَعُ: لم يُؤمَرْ بالدفع إليه؛ لأنه ما دام[1] حيَّاً كان إقراراً بملك الغير؛ لأنه مِن أهلِه، فلا يُصدَّقان في دعوىٰ البيع عليه.

قال: (فإن وكَّل وكيلاً بقَبْض مالِه[2]، فادَّعىٰ الغريمُ أن صاحبَ المال قد استوفاه: فإنه يَدفعُ المالَ إليه)؛ لأن الوكالةَ قد ثبتت، والاستيفاءُ لم يَثبتْ بمجرد دعواه، فلا يُؤخَّرُ الحقُّ.

قال: (ويَتَّبِعُ ربَّ المال، فيَستحلِفُه)؛ رعايةً لجانبه، ولا يُستحلَفُ الوكيلُ؛ لأنه نائبٌ.

قال: (وإن وكَّله بالردِّ بعيبٍ في جاريةٍ، فادَّعىٰ البائعُ رضا المشتري: لم يَرُدَّ عليه[3] حتىٰ يَحلِفَ[4] المشتري).

---

(١) أي المودِع.

(٢) وفي نُسخ: مالٍ.

(٣) أي لم يرد الوكيل علىٰ البائع. البناية ١٢/١٠٦.

(٤) وتُضبط أيضاً: يُحلَّف، وقد جاء الضبطان في نسخة ٧٣٨هـ، وكُتب: معاً.

ومَن دَفَعَ إلىٰ رجلٍ عشرةَ دراهمَ ليُنفِقَها علىٰ أهله، فأنفق عليهم عشرةً من عنده: فالعشرةُ بالعشرة.

بخلاف مسألة الدَّيْن؛ لأن التداركَ ممكنٌ هنالك، باسترداد ما قَبَضَه الوكيلُ إذا ظَهَرَ الخطأُ عند نُكوله، وها هنا[1] غيرُ ممكنٍ؛ لأن القضاءَ بالفسخ ماضٍ علىٰ الصحة وإن ظَهَرَ الخطأُ عند أبي حنيفة رحمه الله، كما هو مذهبُه، ولا يُستحلَفُ المشتري عنده بعد ذلك؛ لأنه لا يُفيد.

وأما عندهما قالوا: يجبُ أن يتَّحدَ الجوابُ علىٰ هذا في الفصلَيْن، ولا يُؤخَّرُ، لأن التداركَ ممكِنٌ عندهما؛ لبطلان القضاء.

وقيل: الأصحُّ عند أبي يوسف رحمه الله أنْ يُؤخَّرَ في الفصلَيْن؛ لأنه يُعتبرُ النظرُ، حتىٰ يَستحلِفُ المشتريَ لو كان حاضراً من غير دعوىٰ البائع، فيُنتظرُ للنظر.

قال: (ومَن دَفَعَ إلىٰ رجلٍ عشرةَ دراهمَ ليُنفِقَها علىٰ أهله، فأنفق عليهم عشرةً من عنده: فالعشرةُ بالعشرة).

لأن الوكيلَ بالإنفاق: وكيلٌ بالشراء، والحكمُ فيه ما ذكرناه، وقد قرَّرناه، فهذا كذلك.

وقيل: هذا استحسانٌ، وفي القياسِ: ليس له ذلك، ويصيرُ متبرِّعاً.

وقيل: القياسُ والاستحسانُ في قضاء الدين؛ لأنه ليس بشراءٍ، فأما الإنفاق: يتضمَّنُ الشراءَ، فلا يَدخلانه[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * *

---

(١) وفي نُسخ: وفي الثانية. بدل: وها هنا.

(٢) أي القياس والاستحسان.

باب

عَزْل الوكيل

وللموكِّل أن يَعزِلَ الوكيلَ عن الوكالة.

فإن لم يبلُغْه العَزْلُ: فهو علىٰ وكالته، وتصرُّفُه جائزٌ حتىٰ يَعلَمَ.

باب

عَزْل الوكيل

قال: (وللموكِّل أن يَعزِلَ الوكيلَ عن الوكالة).

لأن الوكالةَ حَقُّه، فله أن يُبطِلَه، إلا إذا تعلَّقَ به حَقُّ الغير، بأن كان وكيلاً بالخصومة بطَلَبٍ من جهة الطالب؛ لِمَا فيه من إبطال حَقِّ الغير، وصار كالوكالة التي تضمَّنها عقدُ الرهن.

قال: (فإن لم يبلُغْه العَزْلُ: فهو علىٰ وكالته، وتصرُّفُه جائزٌ حتىٰ يَعلَمَ)؛ لأن في العزلِ إضراراً به، من حيثُ إبطالُ ولايتِه، أو من حيثُ رجوعُ الحقوقِ إليه، فيَنقُدُ من مالِ الموكِّل، ويُسلِّمُ المبيعَ، فيُضمِّنُه[1]، فيتضرَّرُ به.

ويستوي الوكيلُ بالنكاح وغيرِه؛ للوجه الأول، وقد ذكرنا[2] اشتراطَ العددِ أو العدالة في المُخبِرِ، فلا نُعيدُه.

---

(١) أي فيضمِّن الموكِّلُ الوكيلَ.

(٢) في فصل القضاء بالمواريث، من أدب القاضي، بقوله: ولا يكون النهي عن الوكالة حتىٰ يشهد عنده شاهدان.

وتبطلُ الوكالةُ بموت الموكِّل، وجنونِه جنوناً مُطْبِقاً، ولَحَاقِه بدار الحرب مرتدّاً.

[مبطلاتُ الوكالة:]

قال: (وتبطلُ الوكالةُ بموت الموكِّل، وجنونِه جنوناً مُطْبِقاً، ولَحَاقِه بدار الحرب مرتدّاً)؛ لأن التوكيلَ تصرُّفٌ غيرُ لازمٍ، فيكونُ لدوامه حُكمُ ابتدائه، فلا بدَّ من قيامِ الأمر، وقد بَطَلَ بهذه العوارض.

وشَرَطَ[1] أن يكون الجنونُ مُطْبِقاً: لأن قليلَه: بمنزلة الإغماء.

وحَدُّ المُطبِقِ: شهرٌ عند أبي يوسف رحمه الله؛ اعتباراً بما يَسقطُ به الصومُ.

وعنه[2]: أكثرُ من يومٍ وليلةٍ؛ لأنه تَسقطُ به الصلواتُ الخمس، فصار كالميت.

وقال محمدٌ رحمه الله: حَوْلٌ كاملٌ؛ لأنه تسقطُ به جميعُ العبادات، فقَدَّر[3] به احتياطاً.

قالوا[4]: الحكمُ المذكورُ[5] في اللَّحَاق: قولُ أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تصرُّفات المرتدِّ موقوفةٌ عنده، فكذا وكالتُه، فإن أسلم: نَفَذَ، وإن قُتِلَ، أو لَحِقَ بدار الحرب مرتداً: بطلت الوكالة.

---

(١) أي الإمام القدوريُّ رحمه الله.

(٢) أي عن أبي يوسف رحمه الله.

(٣) أي محمد رحمه الله، وفي نُسخ ضُبطت بالمبني للمجهول: فقُدِّر.

(٤) أي مشايخ الحنفية.

(٥) أي في مختصر القدوري.

وإذا وكَّل المكاتَبُ، ثم عَجَزَ، أو المأذونُ له، ثم حُجِرَ عليه، أو الشريكان، فافترقا: فهذه الوجوهُ تُبطِلُ الوكالةَ علىٰ الوكيل، عَلِمَ أو لم يعلم.

وإذا مات الوكيلُ، أو جُنَّ جنوناً مُطْبِقاً: بطلتِ الوكالةُ.

فأما عندهما: تصرُّفاتُه نافذةٌ، فلا تبطلُ وكالتُه، إلا أن يموتَ، أو يُقتَلَ علىٰ رِدَّته، أو يُحكَمَ بلَحَاقه، وقد مَرَّ أصلُه في السِّيَر[1].

وإن كان الموكِّلُ امرأةً، فارتدَّت: فالوكيلُ علىٰ وكالته حتىٰ تموتَ، أو تَلحَقَ بدار الحرب؛ لأن رِدَّتَها لا تُؤثِّر في عقودها[2]، علىٰ ما عُرِف.

قال: (وإذا وكَّل المكاتَبُ، ثم عَجَزَ، أو المأذونُ له، ثم حُجِرَ عليه، أو الشريكان، فافترقا: فهذه الوجوهُ تُبطِلُ الوكالةَ علىٰ الوكيل، عَلِمَ أو لم يعلم)؛ لِمَا ذكرنا أن بقاءَ الوكالةِ يَعتمدُ قيامَ الأمر، وقد بطل بالحَجْرِ، والعَجْزِ، والافتراقِ.

ولا فَرْقَ بين العلم وعدمِه؛ لأن هذا عَزْلٌ حُكميٌّ، فلا يَتوقفُ علىٰ العلم، كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكِّل.

قال: (وإذا مات الوكيلُ، أو جُنَّ جنوناً مُطْبِقاً: بطلتِ الوكالةُ)؛ لأنه لا يصحُّ أمرُه بعد جنونِه وموتِه.

---

(١) في باب أحكام المرتدين.

(٢) لأن المرتدة لا تُقتل عندنا؛ لأن علة القتل: الحِراب، ولم يوجد؛ لأنه ليس لها بُنيةٌ صالحةٌ للحِراب. البناية ١٢/١١٣.

وإن لَحِقَ بدار الحرب مرتدًّاً: لم يَجُزْ له التصرُّفُ إلا أن يعودَ مسلماً.

قال: (وإن لَحِقَ[١] بدار الحرب مرتدًّاً: لم يَجُزْ له التصرُّفُ إلا أن يعودَ مسلماً).

قال رضي الله عنه[٢]: وهذا عند محمدٍ رحمه الله، فأما عند أبي يوسف رحمه الله: لا تعودُ الوكالةُ.

لمحمدٍ رحمه الله: أن الوكالةَ إطلاقٌ؛ لأنه[٣] رَفْعُ المانع.

أما الوكيلُ فيتصرَّفُ بمعانٍ قائمةٍ به[٤]، وإنما عَجَزَ بعارضِ اللَّحاق؛ لتباين الدارَيْن، فإذا زال العجزُ، والإطلاقُ باقٍ: عاد وكيلاً.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه إثباتُ ولايةِ التنفيذ؛ لأن ولايةَ أصلِ التصرف: بأهليته، وولايةَ التنفيذ: بالملك، وباللَّحاق: لَحِقَ بالأموات، وبطلت الولايةُ، فلا تعودُ، كمِلْكِه في أُمِّ الولدِ، والمدبَّر.

ولو عاد الموكِّلُ مسلماً وقد لَحِقَ بدار الحرب مرتداً: لا تعودُ الوكالة، في الظاهر[٥].

وعن محمدٍ رحمه الله: أنها[٦] تعودُ، كما قال في الوكيل.

---

(١) أي الوكيلُ.

(٢) وفي نُسخ: قال المصنِّف رحمه الله.

(٣) أي التوكيل.

(٤) وهي الآدمية والحرية.

(٥) أي في ظاهر الرواية. البناية ١٢/١١٥.

(٦) أي الوكالة، وفي نُسخ: أنه. بالتذكير، والمراد: التوكيل أو عقد الوكالة.

ومَن وكَّلَ آخَرَ بشيءٍ، ثم تصرَّفَ بنفسه فيما وكَّل به : بطلتِ الوكالةُ.

والفرقُ له علىٰ الظاهر: أن مبنىٰ الوكالةِ في حَقِّ الموكِّل: علىٰ الملك، وقد زال، وفي حَقِّ الوكيل: علىٰ معنىً قائمٍ به(١)، ولم يَزُلْ باللَّحَاق.

قال: (ومَن وكَّلَ آخَرَ بشيءٍ، ثم تصرَّفَ بنفسه فيما وكَّل به: بطلتِ الوكالةُ).

وهذا اللفظ ينتظمُ وجوهاً(٢):

مثلُ أن يوكِّلَه بإعتاق عبدِه أو بكتابته، فأعتقه أو كاتَبَه الموكِّلُ بنفسه، أو يوكِّلَه بتزويج امرأةٍ، أو بشراء شيءٍ، ففَعَلَه بنفسه، أو يوكِّلَه بطلاقِ امرأته، فطلَّقَها الزوجُ ثلاثاً أو واحدةً، وانقضت عِدَّتُها، أو بالخلع، فخالعها بنفسه؛ لأنه لَمَّا تصرَّف بنفسه: تعذَّر علىٰ الوكيل التصرُّفُ، فبطلتِ الوكالةُ، حتىٰ لو تزوَّجها بنفسه، وأبانها: لم يكن للوكيل أن يُزوِّجَها منه؛ لأن الحاجةَ قد انقضت.

بخلاف ما إذا تزوَّجها الوكيلُ، وأبانها: له أن يُزوِّجَ الموكِّلَ؛ لبقاء الحاجة.

وكذا لو وكَّله ببيع عبدِه، فباعه بنفسه.

فلو رُدَّ عليه بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ: فعن أبي يوسف رحمه الله: أنه ليس للوكيل أن يبيعَه مرةً أخرىٰ؛ لأن بيعَه بنفسه مَنْعٌ له من التصرُّف، فصار كالعزل.

---

(١) وهو التصرُّف بنفسه.

(٢) أي من المسائل.

. . . .

وقال محمدٌ رحمه الله: له أن يبيعَه مرةً أخرىٰ؛ لأن الوكالةَ باقيةٌ؛ لأنه إطلاقٌ، والعجزُ قد زال.

بخلاف ما إذا وكَّله بالهبة، فوَهَبَ بنفسه، ثم رجع: لم يكن للوكيل أن يَهَبَ[1]؛ لأنه مختارٌ في الرجوع، فكان ذلك دليلَ عدمِ الحاجة.

أما الردُّ بقضاءٍ بغير اختياره: فلم يكن دليلَ زوالِ الحاجة، فإذا عاد إليه قديمُ ملكِهِ: كان له أن يبيعَه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي ثانياً، وفي نُسخ: يَهَبَه.

كتاب الدَّعوىٰ

المدِّعي : مَنْ لا يُجبَرُ علىٰ الخصومة إذا تَركَها .

والمدَّعىٰ عليه : مَنْ يُجبَرُ علىٰ الخصومة .

كتاب الدَّعوَىٰ

قال: (المدِّعي: مَنْ لا يُجبَرُ علىٰ الخصومة إذا تَركَها.

والمدَّعىٰ عليه: مَنْ يُجبَرُ علىٰ الخصومة).

ومعرفةُ الفَرْقِ بينهما مِن أهمِّ ما تُبتَنىٰ عليه مسائلُ الدعوىٰ.

وقد اختلفت عباراتُ المشايخ رحمهم الله فيه:

فمنها: ما قال في «الكتاب[1]»، وهو حَدٌّ عامٌّ صحيحٌ.

وقيل: المدِّعي: مَن لا يستحِقُّ إلا بحُجَّةٍ، كالخارج، والمدَّعىٰ عليه: مَن يكونُ مُستَحِقّاً بقوله من غير حُجَّةٍ، كذي اليد.

وقيل: المدِّعي: مَن يَتمسَّكُ بغير الظاهر[2]، والمدَّعىٰ عليه: مَن يَتمسَّكُ بالظاهر.

وقال محمدٌ رحمه الله في «الأصل»: المدَّعىٰ عليه: هو المُنكِرُ.

---

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) وفي نُسخ: مَن يلتمس غيرَ الظاهر.

ولا تُقبل الدعوىٰ حتىٰ يَذكرَ شيئاً معلوماً في جنسه، وقَدْرِه.

فإن كان عَيْناً في يد المدعىٰ عليه: كُلِّفَ إحضارَها؛ ليشيرَ إليها بالدعوىٰ.

وهذا صحيحٌ، لكنَّ الشأنَ في معرفتِه[1]، والترجيحُ بالفقه عند الحُذَّاق من أصحابنا رحمهم الله؛ لأن الاعتبارَ للمعاني، دونَ الصُّوَر، فإن المودَعَ إذا قال: رددتُ الوديعةَ: فالقولُ قولُه، مع اليمين وإن كان مدَّعياً للردِّ صورةً؛ لأنه يُنكِرُ الضمانَ معنىً.

قال: (ولا تُقبل الدعوىٰ حتىٰ يَذكرَ شيئاً معلوماً في جنسه، وقَدْرِه)؛ لأن فائدةَ الدعوىٰ الإلزامُ بواسطة إقامةِ الحجة، والإلزامُ في المجهول لا يتحقَّقُ.

قال: (فإن كان عَيْناً في يد المدعىٰ عليه: كُلِّفَ إحضارَها؛ ليشيرَ إليها بالدعوىٰ).

وكذا في الشهادة والاستحلاف؛ لأن الإعلامَ بأقصىٰ ما يُمكِنُ شَرْطٌ، وذلك بالإشارة في المنقول؛ لأن النقلَ ممكنٌ، والإشارةُ أبلغُ في التعريف، ويتعلَّق بالدعوىٰ وجوبُ الحضور[2].

وعلىٰ هذا القضاةُ من آخرهم في كلِّ عصر.

ووجوبُ الجوابِ إذا حضر: ليفيدَ حضورُه.

---

(١) أي في معرفة المُنكِر.

(٢) أي حضور المدعىٰ عليه.

وإن لم تكن حاضِرَةً: لزم ذِكْرُ قيمتِها.

وإن ادَّعىٰ عقاراً: حدَّده، وذَكَرَ أنه في يدِ المدَّعىٰ عليه، وأنه يُطالِبُه به.

ولزومُ إحضارِ العينِ المدَّعاةِ: لِمَا قلنا.

واليمينُ[١]: إذا أنكره، وسنذكرُه بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن لم تكن حاضِرَةً: لزم ذِكْرُ قيمتِها)؛ ليصيرَ المدَّعىٰ به معلوماً؛ لأن العينَ لا تُعرَفُ بالوصف، والقيمةُ تُعرَفُ به، وقد تعذَّر مشاهدةُ العين.

وقال الفقيهُ أبو الليث[٢] رحمه الله: يُشترطُ مع بيان القيمةِ ذِكْرُ الذكورة والأنوثة.

قال: (وإن ادَّعىٰ عقاراً: حدَّده، وذَكَرَ أنه في يدِ المدَّعىٰ عليه، وأنه يُطالِبُه به)؛ لأنه تعذَّر التعريفُ بالإشارة؛ لتعذُّر النقلِ، فيُصارُ إلىٰ التحديد، فإن العقارَ يُعرَفُ به.

ويَذكرُ الحدودَ الأربعةَ، ويَذكرُ أسماءَ أصحابِ الحدودِ وأنسابَهم.

ولا بدَّ من ذِكْرِ الجَدِّ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تمامَ التعريفِ: به، علىٰ ما عُرِفَ، هو الصحيح.

---

(١) بالجرِّ، عطف علىٰ: إحضار العين، أي ويتعلق بالدعوىٰ أيضاً: لزوم اليمين علىٰ المدعىٰ عليه إذا أنكر المدعىٰ عليه الحقَّ. البناية ١٢/١٢٤، وفي نُسخ: بضم النون: واليمينُ. ويكون التقدير: ويشترط اليمينُ إذا أنكره.

(٢) السمرقندي نصر بن محمد، ت٣٧٣هـ

. . . .

ولو كان الرجلُ مشهوراً: يُكتَفَىٰ بذِكْره[١]؛ لحصول المقصود، هو الصحيح.

فإنْ ذَكَرَ ثلاثةً من الحدود: يُكتَفَىٰ بها عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله؛ لوجود الأكثر.

بخلاف ما إذا غَلِطَ في الرابعة؛ لأنه يَختلِفُ به المدَّعىٰ، ولا كذلك بتركها، وكما يُشترَطُ التحديدُ في الدعوىٰ: يُشترَطُ في الشهادة.

وقولُه في «الكتاب[٢]»: وذَكَرَ أنه في يدِ المدَّعىٰ عليه: لا بدَّ منه؛ لأنه إنما يَنتصِبُ خصماً إذا كان في يده.

وفي العقار: لا يُكتَفَىٰ بذِكْر المدَّعي، وتصديقِ المدَّعىٰ عليه أنه في يده، بل لا تثبتُ اليدُ فيه إلا بالبينة، أو عِلْمِ القاضي، هو الصحيح؛ نفياً لتهمة المواضعة، إذِ العقارُ عساه في يدِ غيرهما.

بخلاف المنقول؛ لأن اليدَ فيه مُشاهَدَةٌ.

وقولُه[٣]: وأنه يطالِبُه به: لأن المطالبةَ حَقُّه، فلا بدَّ من طَلَبِه.

ولأنه يَحتمِلُ أن يكون مرهوناً في يده، أو محبوساً بالثمن في يده، وبالمطالبة: يزولُ هذا الاحتمالُ.

---

(١) أي بذكر اسمه؛ لأن الشهرة تقع عن التعريف. حاشية نسخة ١٠٣٨هـ.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) أي قول الإمام القدوري في مختصره.

وإن كان دَيْناً في الذمَّة : ذَكَرَ أنه يُطالِبُه به .

وإذا صحَّتِ الدعوىٰ : سأل القاضي المدَّعىٰ عليه عنها .

فإن اعترف : قَضَىٰ عليه بها .

وإن أنكر : سأل المدَّعي البينةَ .

وعن هذا قالوا في المنقول: يجبُ أن يقولَ: في يدِه بغير حَقٍّ.

قال: (وإن كان دَيْناً[1] في الذمَّة: ذَكَرَ أنه يُطالِبُه به)؛ لِمَا قلنا.

وهذا لأن صاحبَ الذمةِ قد حَضَرَ، فلم تَبْقَ إلا المطالبةُ، لكنْ لا بدَّ من تعريفِه بالوصف؛ لأنه يُعرَف به.

قال: (وإذا صحَّتِ الدعوىٰ: سأل القاضي[2] المدَّعىٰ عليه عنها)؛ لينكشِفَ له وجهُ الحكم.

قال: (فإن اعترف: قَضَىٰ عليه بها)؛ لأن الإقرارَ موجِبٌ بنفسه، فيأمرُه بالخروج عنه.

(وإن أنكر: سأل المدَّعي البينةَ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألكَ بينةٌ؟»، فقال: لا، فقال: «لكَ يمينُه»[3].

سأل، ورتَّبَ اليمينَ علىٰ فَقْدِ البينة، فلا بدَّ من السؤال؛ ليُمكنَه الاستحلاف.

---

(١) وفي نُسخ: حقاً.

(٢) وفي نُسخ: الحاكم.

(٣) صحيح البخاري (٧١٨٣)، صحيح مسلم (١٣٩).

فإن أحضرها : قَضىٰ بها .

وإن عَجَزَ عن ذلك، وطَلَبَ يمينَ خصمِه : استحلفَه عليها .

قال: (فإن أحضرها: قَضىٰ بها)؛ لأنها حجةٌ؛ لانتفاء التهمةِ عنها.

(وإن عَجَزَ عن ذلك، وطَلَبَ يمينَ خصمِه: استحلفَه عليها)؛ لِمَا روينا.

ولا بدَّ من طَلَبِه؛ لأن اليمين حقُّه؛ ألا ترىٰ أنه كيف أُضيفَ إليه بحرف اللام، فلا بدَّ من طلبه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب اليمين في الدعوىٰ

وإذا قال المدَّعي: لي بيِّنةٌ حاضِرَةٌ، وطَلَبَ اليمينَ: لم يُستحلَفْ عند أبي حنيفة رحمه الله.

باب اليمين في الدعوىٰ

قال: (وإذا قال المدَّعي: لي بيِّنةٌ حاضِرَةٌ، وطَلَبَ اليمينَ[1]: لم يُستحلَفْ عند أبي حنيفة رحمه الله)، معناه: حاضِرَةٌ في المصر.

وقال أبو يوسف رحمه الله[2]: يُستحلَفُ؛ لأن اليمينَ حَقُّه، بالحديث المعروف[3]، فإذا طالَبَه به: يُجيبُه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن ثبوتَ الحقِّ في اليمين مرتَّبٌ علىٰ العجز عن إقامة البينة؛ بمَا روينا[4]، فلا تكونُ[5] حَقَّه دونَه، كما إذا كانت البينةُ حاضرةً في المجلس.

---

(١) وفي بداية المبتدي ص٥٠٩: وطلب يمينَ خصمه.

(٢) هكذا في نُسَخٍ بدون ذِكْر محمد، وفي نسخة ١٠٣٨هـ: أبو يوسف ومحمد، وكذلك في نسخة ٧٣٨هـ، وصحح ناسخها في الحاشية بدون ذِكْر محمدٍ رحمه الله، وسيأتي بيان المصنف لاختلاف قول محمد، ينظر البناية ١٢/١٣٢ لنقله إنكار جعل محمدٍ مع أبي يوسف.

(٣) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «لكَ يمينُه». وقد تقدَّم قريباً جداً.

(٤) وهو الحديث السابق.

(٥) أي فلا تكون اليمينُ حقَّه.

ولا تُرَدُّ اليمينُ علىٰ المدَّعي.

ولا تُقبلُ بيِّنةُ صاحبِ اليدِ في الملك المطلَق، وبيِّنةُ الخارجِ أَوْلىٰ.

ومحمدٌ مع أبي يوسف رحمهما الله، فيما ذَكَرَه الخصَّافُ رحمه الله، ومع أبي حنيفة رحمه الله، فيما ذَكَرَه الطحاويُّ رحمه الله.

قال: (ولا تُرَدُّ اليمينُ علىٰ المدَّعي)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينةُ علىٰ المدعي، واليمينُ علىٰ مَن أنكر»[1].

قَسَمَ[2]، والقسمةُ تنافي الشركةَ، وجَعَلَ جنسَ الأيمانِ علىٰ المُنكِرين، وليس وراءَ الجنسِ شيءٌ.

وفيه خلافُ الشافعي[3] رحمه الله.

قال: (ولا تُقبلُ بيِّنةُ صاحبِ اليدِ في الملك المطلَق، وبيِّنةُ الخارجِ أَوْلىٰ).

---

(١) أصل هذا الحديث في صحيح البخاري (٤٥٥١)، وصحيح مسلم (١٧١١) بلفظ: «لو يُعطىٰ الناس بدعواهم؛ لادَّعىٰ ناسٌ دماءَ رجال وأموالهم، ولكن اليمين علىٰ المدَّعىٰ عليه»، وفي لفظٍ للبخاري (٢٥١٥): «شاهداك، أو يمينه».

وأما باللفظ الذي ذكره الشارح: فهو في معجم ابن المقرئ (٦١٦)، وسنن البيهقي (٢٠٥٣٧)، وسنن الدارقطني (٣١٩٠)، وينظر: نصب الراية ٩٦/٤، التلخيص الحبير ٣٩/٤، ٢٠٨، والحديث بهذا اللفظ فيه كلامٌ.

(٢) أي النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وهو استئنافٌ بياني. حاشية سعدي.

(٣) أي تُردُّ عند الشافعي اليمينُ علىٰ المدعي بعد نكول المدعىٰ عليه. حاشية نسخة ٧٩٧هـ. ينظر الأم ٢٣٤/٦.

وإذا نَكَلَ المدَّعىٰ عليه عن اليمين: قَضىٰ عليه بالنُّكول، وألزمه ما ادَّعىٰ عليه.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يُقضَىٰ ببيِّنة ذي اليد؛ لاعتضادِها باليد، فيَتقوَّىٰ الظهورُ، وصار كالنِّتَاج، والنكاحِ، ودعوىٰ الملكِ مع الإعتاق، أو الاستيلادِ، أو التدبير.

ولنا: أن بيِّنةَ الخارجِ أكثرُ إثباتاً[٢] أو إظهاراً[٣]؛ لأن قَدْرَ ما أثبتَتْه اليدُ[٤]: لا تُثبتُه بينةُ ذي اليد، إذِ اليدُ دليلُ مطلَقِ الملك.

بخلاف النِّتاج؛ لأن اليدَ لا تدلُّ عليه.

وكذا علىٰ الإعتاق، وأُختَيْه[٥]، وعلىٰ الوَلاء الثابت بها.

قال: (وإذا نكَلَ المدَّعىٰ عليه عن اليمين: قَضىٰ عليه بالنُّكول، وألزمه ما ادَّعىٰ[٦] عليه).

وقال الشافعي[٧] رحمه الله: لا يُقضىٰ به، بل تُرَدُّ اليمينُ علىٰ المدعي، فإذا حلف: يُقضَىٰ به؛ لأن النكولَ يحتملُ التورُّعَ عن اليمين الكاذبة،

---

(١) فتاوىٰ ابن الصلاح ٢/٧١٩.

(٢) في حق علمنا وعلم القاضي.

(٣) في حق المدعىٰ له، وفي الواقع.

(٤) بالتأنيث في نُسخة ٧٧٨هـ، وفي نُسخ: أثبته. والتقدير: ما أثبته ملكُ اليد.

(٥) أي وعلىٰ أختيه، وهما التدبير والاستيلاد.

(٦) وضُبطت في نُسخ: ما ادُّعِيَ عليه.

(٧) الحاوي الكبير ١٧/١٣٦.

وينبغي للقاضي أن يقولَ له: إني أَعرِضُ عليكَ اليمينَ ثلاثاً، فإن حلفتَ، وإلا: قَضيتُ عليكَ بما ادَّعاه.

فإذا كرَّر العَرْضَ عليه ثلاثَ مراتٍ: قضىٰ عليه بالنُّكول.

والترفُّعَ عن الصادقة، واشتباهَ الحال، فلا يَنتصِبُ حُجَّةً مع الاحتمال، ويمينُ المدَّعي دليلُ الظهور، فيُصارُ إليه.

ولنا: أن النكولَ دَلَّ علىٰ كونه باذِلاً[1] أو مقرّاً، إذْ لولا ذلك: لأقدم علىٰ اليمين الصادقة؛ إقامةً للواجب، ودفعاً للضررِ عن نفسِه، فترجَّحَ هذا الجانبُ، ولا وَجْهَ لردِّ اليمينِ علىٰ المدَّعي؛ لِمَا قدَّمناه.

قال: (وينبغي للقاضي أن يقولَ له: إني أَعرِضُ عليكَ اليمينَ ثلاثاً، فإن حلفتَ، وإلا: قَضيتُ عليكَ بما ادَّعاه).

وهذا الإنذارُ لإعلامه بالحُكْم، إذ هو موضعُ الخَفَاء.

قال: (فإذا كرَّر العَرْضَ عليه ثلاثَ مراتٍ: قضىٰ عليه بالنُّكول).

وهذا التَّكْرارُ ذَكَرَه الخصَّاف رحمه الله؛ لزيادة الاحتياطِ والمبالغةِ في إبلاءِ العُذْر، فأما المذهبُ: فإنه لو قَضىٰ بالنكولِ بعد العرضِ مرةً: جاز؛ لِمَا قدَّمناه، هو الصحيحُ، والأولُ أَوْلىٰ.

ثم النُّكولُ قد يكونُ حقيقياً، كقوله: لا أحلف، وقد يكون حُكمياً، بأن يسكتَ، وحُكمُه حكمُ الأولِ إذا عُلِمَ أنه لا آفةَ به من طَرَشٍ، أو خَرَسٍ، هو الصحيحُ.

---

(١) إذ النكول بذلٌ عند أبي حنيفة، وإقرارٌ عن الصاحبين. البناية ١٢/١٣٩.

وإن كانتِ الدعوىٰ نكاحاً: لم يُستحلَفِ المُنكِرُ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُستحلَفُ عنده في النكاح، والرجعةِ، والفَيْءِ في الإيلاء، والرِّقِّ، والاستيلادِ، والنَّسَبِ، والوَلاءِ، والحدودِ، واللِّعان.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يُستحلَفُ في ذلك كلِّه، إلا في الحدود، واللعان.

وصورةُ الاستيلاد: أن تقولَ الجاريةُ: أنا أُمُّ ولدٍ لمولايَ، وهذا ابني منه، وأنكر المولىٰ.

قال: (وإن كانتِ الدعوىٰ نكاحاً: لم يُستحلَفِ المُنكِرُ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُستحلَفُ عنده في النكاح، والرجعةِ، والفَيْءِ في الإيلاء، والرِّقِّ، والاستيلادِ، والنَّسَبِ، والوَلاءِ، والحدودِ، واللِّعان.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يُستحلَفُ في ذلك كلِّه، إلا في الحدود، واللعان.

وصورةُ الاستيلاد: أن تقولَ الجاريةُ: أنا أُمُّ ولدٍ لمولايَ، وهذا ابني منه، وأنكر المولىٰ)؛ لأنه لو ادعىٰ المولىٰ: يثبتُ الاستيلادُ بإقراره، ولا يُلتَفَتُ إلىٰ إنكارها.

لهما: أن النكولَ إقرارٌ؛ لأنه يدلُّ علىٰ كونه كاذباً في الإنكار، علىٰ ما قدَّمناه[1]، فكان إقراراً، أو بدلاً عنه، والإقرارُ يجري في هذه الأشياء، لكنه إقرارٌ فيه شبهةٌ، والحدودُ تَندرئُ بالشبهات.

---

(١) يعني قوله: إذ لولا ذلك: لأقدم علىٰ اليمين الصادقة؛ إقامةً للواجب، ودفعاً للضرر عن نفسه. اهـ البناية ١٢/١٤٢، وأُثبتَ هذا من الهداية في طبعات الهداية القديمة.

ويُستحلَفُ السارقُ، فإن نَكَلَ: ضَمِنَ المسروقَ، ولم يُقطَع.

واللعانُ: في معنىٰ الحدِّ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه بَذْلٌ؛ لأنَّ معه لا تبقىٰ اليمينُ واجبةً؛ لحصول المقصود، وإنزالُه باذِلاً: أَوْلىٰ؛ كي لا يصيرَ كاذباً في الإنكار، والبذلُ لا يجري في هذه الأشياء.

وفائدةُ الاستحلافِ: القضاءُ بالنُّكول، فلا يُستحلَفُ، إلا أنَّ هذا بَذْلٌ لدفع الخصومة، فيَملكُه المكاتَبُ والعبدُ المأذونُ له، بمنزلة الضيافةِ اليسيرة[1].

وصحتُه في الدين: بناءٌ[2] علىٰ زَعْمِ المدعي، وهو يقبِضُه حقّاً لنفسه، والبَذْلُ معناه ها هنا: تَرْكُ المنع.

وأَمْرُ المالِ: هيِّنٌ[3].

قال: (ويُستحلَفُ السارقُ، فإن نَكَلَ: ضَمِنَ المسروقَ، ولم يُقطَع)؛ لأن المنوطَ بفعله شيئان: الضمانُ، ويَعملُ فيه النكولُ، والقطعُ، ولا يثبتُ به، فصار كما إذا شهد عليها[4] رجلٌ وامرأتان.

---

(١) أي كالضيافة اليسيرة منهما؛ لأنها من توابع التجارة. البناية ١٤٣/١٢.

(٢) أي إن صحة البذل في الدين: بناءٌ علىٰ زعم المدعي. البناية ١٤٤/١٢، وفي نُسخ: بناءً. بالنصب بحسب التقدير.

(٣) هذا جوابٌ عما يقال: فهلا جُعل المال أيضاً في الأشياء السبعة؛ تركاً للمنع.

(٤) أي علىٰ السرقة. وفي نُسخ: عليه. والتقدير: أي علىٰ السارق.

وإذا ادَّعتِ المرأةُ طلاقاً قبلَ الدخول بها: استُحلِفَ الزوجُ، فإن نَكَلَ: ضَمِنَ نصفَ المهر، في قولِهم جميعاً.

ومَن ادَّعىٰ قصاصاً علىٰ غيره، فجَحَدَه: استُحلِفَ.

ثم إن نَكَلَ عن اليمين فيما دون النفس: يلزمُه القصاصُ، وإن نَكَلَ عن اليمين في النفس: يُحبَسُ حتىٰ يَحلِفَ، أو يُقِرَّ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (وإذا ادَّعتِ المرأةُ طلاقاً قبلَ الدخول بها: استُحلِفَ الزوجُ، فإن نَكَلَ: ضَمِنَ نصفَ المهر، في قولِهم جميعاً)؛ لأن الاستحلافَ يجري في الطلاقِ عندهم، لا سيما إذا كان المقصودُ هو المالُ.

وكذا في النكاحِ إذا ادَّعتْ هي الصداقَ؛ لأن ذلك دعوىٰ المال، ثم يثبتُ المالُ بنكوله، ولا يثبتُ النكاحُ.

وكذا في النسبِ إذا ادَّعىٰ حقاً؛ كالإرث، والحَجْرِ في اللقيط، والنفقةِ، وامتناعِ الرجوعِ في الهبة؛ لأن المقصودَ هذه الحقوقُ.

وإنما يُستحلَفُ في دعوىٰ النسبِ المجرَّدِ عندهما إذا كان يثبتُ بإقراره، كالأبِ والابنِ في حَقِّ الرجل، والأبِ في حَقِّ المرأة؛ لأن في دعواها الابنَ: تحميلَ النسبِ علىٰ الغير، والمولىٰ والزوجِ في حَقِّهما[1].

قال: (ومَن ادَّعىٰ قصاصاً علىٰ غيره، فجَحَدَه: استُحلِفَ)، بالإجماع.

(ثم إن نَكَلَ عن اليمين فيما دون النفس: يلزمُه القصاصُ، وإن نَكَلَ عن اليمين في النفس: يُحبَسُ حتىٰ يَحلِفَ أو يُقِرَّ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي في حق الرجل والمرأة. البناية ١٤٦/١٢.

وقالا : لَزِمَه الأَرْشُ فيهما .

وإذا قال المدَّعي : لي بيِّنةٌ حاضرةٌ : قيل لخصمه : أعطِه كفيلاً بنفسك ثلاثةَ أيامٍ .

وقالا: لَزِمَه الأَرْشُ فيهما)؛ لأن النكولَ إقرارٌ فيه شُبهةٌ عندهما، فلا يَثبتُ به القصاصُ، ويجبُ به[1] المالُ، خصوصاً إذا كان امتناعُ القصاصِ لمعنىً مِن جهةِ مَن عليه، كما إذا أقرَّ بالخطأ، والوليُّ يدعي العمدَ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكَ الأموال، فيجري فيها البذلُ.

بخلاف الأنفُس: فإنه لو قال: اقطَعْ يدي، فقَطَعَها: لا يجبُ عليه الضمانُ، وهذا إعمالٌ للبذل، إلا أنه لا يُباحُ؛ لعدم الفائدة.

وهذا البَذْلُ مفيدٌ لاندفاع الخصومة به، فصار كقطع اليد للآكِلَة[2]، وقَلْعِ السِّنِّ للوَجَع، وإذا امتنع القصاصُ في النفس، واليمينُ حَقٌّ مستَحَقٌّ عليه: يُحبَسُ به، كما في القسامة.

قال: (وإذا قال المدَّعي: لي بيِّنةٌ حاضرةٌ: قيل لخصمه: أعطِه كفيلاً بنفسك ثلاثةَ أيامٍ)؛ كي لا يُغَيِّبَ نفسَه، فيضيعَ حَقُّه، والكفالةُ بالنفس جائزةٌ عندنا، وقد مَرَّتْ من قبلُ.

---

(١) أي بالإقرار. حاشية سعدي.

(٢) علىٰ وزن: فاعلة، وهي قُرحةٌ غائرةٌ في البدن. البناية ١٢/١٤٨، وفي نُسخ: الأَكِلَة: كفَرِحَة.

فإن فَعَلَ، وإلا : أُمِرَ بملازمته.

إلا أن يكون غريباً علىٰ الطريق : فيلازِمُه مقدارَ مجلسِ القاضي.

وأَخْذُ الكفيلِ بمجرد الدعوىٰ: استحسانٌ عندنا؛ لأن فيه نظراً للمدعي، وليس فيه كثيرُ ضررٍ بالمدعىٰ عليه.

وهذا لأن الحضورَ مستَحَقٌّ عليه بمجرد الدعوىٰ، حتىٰ يُعدَىٰ[(١)] عليه، ويُحالُ بينه وبين أشغاله، فصحَّ التكفيلُ بإحضاره.

والتقديرُ بثلاثة أيامٍ: مرويٌّ عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح.

ولا فَرْقَ في الظاهر بين الخامِلِ والوجيه، والحقيرِ من المال والخَطِير.

ثم لا بدَّ من قوله: لي بيِّنةٌ حاضرةٌ للتكفيل، ومعناه: في المصر.

حتىٰ لو قال المدعي: لا بينةَ لي، أو شهودي غُيَّبٌ: لا يُكفَلُ؛ لعدم الفائدة.

قال: (فإن فَعَلَ، وإلا: أُمِرَ بملازمته)؛ كي لا يذهبَ حَقُّه.

(إلا أن يكون غريباً علىٰ الطريق: فيلازِمُه مقدارَ مجلسِ القاضي).

وكذا لا يُكفَّلُ[(٢)] إلا إلىٰ آخرِ المجلس، فالاستثناءُ منصرفٌ إليهما[(٣)]؛ لأن في أَخْذ الكفيل والملازمةِ زيادةً علىٰ ذلك: إضراراً به، بمَنْعِه عن

---

(١) أي يُعان ويُنصر. ينظر البناية ١٤٩/١٢.

(٢) أي لا يُكفل المدعىٰ عليه.

(٣) أي إلىٰ الكفالة والملازمة.

. . . .

السفر، ولا ضررَ له في هذا المقدار[1] ظاهراً.

وكيفيةُ الملازمةِ نذكرُها في كتاب الحَجْرِ إن شاء الله تعالىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مقدار مجلس القاضي.

فصلٌ

في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمينُ بالله تعالىٰ، دونَ غيرِه، وتُؤكَّدُ بذِكْر أوصافه.

فصلٌ

في كيفية اليمين والاستحلاف

قال: (واليمينُ بالله تعالىٰ، دونَ غيرِه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن كان منكم حالِفاً: فليَحلِفْ بالله، أو لِيَذَر»[(١)].

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَن حَلَفَ بغير الله: فقد أشرك»[(٢)].

قال: (وتُؤكَّدُ بذِكْر أوصافه)، وهو التغليظُ، وذلك مثلُ قولِه: قُلْ: واللهِ الذي لا إله إلا هو عالِمُ الغيبِ والشهادةِ الرحمنُ الرحيمُ، الذي يَعلمُ من السرِّ ما يَعلَمُ من العلانية: ما لفلانٍ هذا عليكَ ولا قِبَلَكَ هذا المالُ الذي ادَّعاه، وهو كذا وكذا، ولا شيءٌ[(٣)] منه.

---

(١) صحيح البخاري (٢٦٧٩)، صحيح مسلم (١٦٤٦)، بلفظ: «أو ليصمت».

(٢) سنن الترمذي (١٥٣٥)، وقال: حديث حسن، سنن أبي داود (٣٢٥١)، صحيح ابن حبان (٤٣٥٨).

وأنبه هنا إلىٰ أن صاحب نصب الراية ٤/١٠٢ لم يخرج هذا الحديث، وكذلك صاحب الدراية ٢/١٧٦.

(٣) وضُبطت في نُسخ: شيءَ. بنصب الهمزة.

ولا يُستَحلَفُ بالطلاق، ولا بالعَتاق.

ويُستحلَفُ اليهوديُّ: باللهِ الذي أنزل التوراةَ علىٰ موسىٰ عليه السلام، والنصرانيُّ: بالله الذي أَنزل الإنجيلَ علىٰ عيسىٰ عليه السلام.

وله أن يزيدَ في التغليظ علىٰ هذا.

وله أن يُنقِصَ منه، إلا أنه يُحتاطُ[١] فيه؛ كي لا تتكرَّرَ عليه اليمينُ؛ لأن المستَحَقَّ عليه يمينٌ واحدةٌ.

فإنه لو قال: واللهِ والرحمنِ والرحيمِ: كانت أيماناً ثلاثاً.

وبحذف الواوَيْن الآخَرَيْن: يميناً واحدةً.

والقاضي بالخيار: إن شاء غلَّظ، وإن شاء لم يُغلِّظ، فيقول: قُلْ: بالله، أو: واللهِ.

وقيل: لا يُغلِّظُ علىٰ المعروفِ بالصلاح، ويُغلِّظُ علىٰ غيره.

وقيل: يُغلِّظُ في الخَطير من المال، دون الحقير.

قال: (ولا يُستَحلَفُ بالطلاق، ولا بالعَتاق)؛ لِمَا روينا.

وقيل: في زماننا إذا أَلَحَّ الخصمُ: ساغ للقاضي أن يُحلِّفَ بذلك؛ لقِلَّة المبالاةِ باليمين بالله، وكثرةِ الامتناعِ بسبب الحلفِ بالطلاق.

قال: (ويُستحلَفُ اليهوديُّ: باللهِ الذي أنزل التوراةَ علىٰ موسىٰ عليه السلام، والنصرانيُّ: بالله الذي أَنزل الإنجيلَ علىٰ عيسىٰ عليه السلام).

---

(١) وضُبطت في نُسخ: يَحتاط. بفتح الياء.

و المجوسيُّ: بالله الذي خَلَقَ النارَ.

لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صُوْرِيَا الأعورِ[١]: «أَنشُدُكَ بالله الذي أَنزل التوراةَ علىٰ موسىٰ أنَّ حُكمَ الزنا في كتابكم هذا[٢]»[٣].

ولأن اليهوديَّ يعتقدُ نبوةَ موسىٰ، والنصرانيَّ نبوةَ عيسىٰ صلوات الله وسلامُه علىٰ نبيِّنا وعليهما، فيُغلَّظُ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما بذِكْرِ المُنْزَل علىٰ نبيِّه.

(و) يُحلَّفُ (المجوسيُّ: بالله الذي خَلَقَ النارَ).

هكذا ذَكَرَ محمدٌ رحمه الله في «الأصل[٤]».

ويُروىٰ عن أبي حنيفة رحمه الله في «النوادر» أنه لا يُستحلَفُ أحدٌ إلا بالله خالصاً.

وذَكَرَ الخَصَّافُ رحمه الله أنه لا يُستحلَفُ غيرُ اليهوديِّ والنصرانيِّ إلا بالله، وهو اختيارُ بعضِ مشايخنا رحمهم الله؛ لأن في ذِكْرِ النارِ مع اسم الله تعالىٰ: تعظيمَها، وما ينبغي أن تُعظَّم، بخلاف الكتابيْن؛ لأن كُتُبَ الله تعالىٰ معظَّمةٌ.

والوثنيُّ لا يُحلَّفُ إلا بالله؛ لأن الكَفَرَةَ بأَسْرهم يَعتقدون اللهَ تعالىٰ.

---

(١) واسمه: عبد الله بن صوريا، وكان ابن صوريا من أحبار اليهود، وكان أعلم مَن بقي بالتوراة. ينظر البناية ١٢/١٥٤.

(٢) أي رجم المحصن، كما جاء في قصة الحديث.

(٣) صحيح مسلم (١٧٠٠)، سنن أبي داود (٣٦٢٤)، نصب الراية ٤/١٠٢.

(٤) ١١/٥٠٩.

ولا يُحَلَّفون في بيوتِ عبادتِهم.

ولا يجبُ تغليظُ اليمين علىٰ المسلم بزمانٍ، ولا مكانٍ.

ومَن ادعىٰ أنه ابتاع من هذا عبدَه بألفٍ، فجَحَدَ: استُحلِفَ: بالله ما بينكما بيعٌ قائمٌ فيه، ولا يُستحلَفُ: بالله ما بِعْتُ.

ويُستحلَفُ في الغصب: بالله ما يَستحِقُّ عليكَ ردَّه، ولا يُحلَّفُ: بالله ما غصبتَ.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾. الزخرف/٨٧.

قال: (ولا يُحَلَّفون في بيوتِ عبادتِهم)؛ لأن القاضيَ لا يَحضُرُها، بل هو ممنوعٌ عن ذلك.

قال: (ولا يجبُ تغليظُ اليمين علىٰ المسلم بزمانٍ، ولا مكانٍ)؛ لأن المقصودَ تعظيمُ المقسَمِ به، وهو حاصلٌ بدون ذلك.

وفي إيجابِ ذلك حَرَجٌ علىٰ القاضي، حيثُ يُكلَّفُ حضورَها وهو مدفوعٌ[1]، لا سيما إذا لم يتوقف إيفاءُ المستَحَقِّ عليه، وهو اليمينُ.

قال: (ومَن ادعىٰ أنه ابتاع من هذا عبدَه بألفٍ، فجَحَدَ: استُحلِفَ: بالله ما بينكما بيعٌ قائمٌ فيه، ولا يُستحلَفُ: بالله ما بِعْتُ)؛ لأنه قد تُباعُ العَيْنُ، ثم يُقالُ[2] فيها.

قال: (ويُستحلَفُ في الغصب: بالله ما يَستحِقُّ عليكَ ردَّه، ولا يُحلَّفُ: بالله ما غصبتَ)؛ لأنه قد يُغصَبُ، ثم يُفسَخُ بالهبة والبيع.

---

(١) أي الحرج مدفوعٌ بالنص شرعاً.

(٢) من فعل الإقالة.

وفي النكاح : بالله ما بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحال.

وفي دعوىٰ الطلاق : بالله ما هي بائنٌ منكَ الساعةَ بما ذَكَرَتْ، ولا يُستحلَفُ : بالله ما طلَّقها.

قال: (وفي النكاح: بالله ما بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحال)؛ لأنه قد يطرأُ عليه الخُلعُ.

قال: (وفي دعوىٰ الطلاق: بالله ما هي بائنٌ منكَ الساعةَ بما ذَكَرَتْ[١]، ولا يُستحلَفُ: بالله ما طلَّقها)؛ لأن النكاحَ قد يُجدَّدُ بعد الإبانة، فيُحلَّفُ علىٰ الحاصلِ في هذه الوجوه؛ لأنه لو حُلِّفَ علىٰ السبب: يتضرَّرُ المدعىٰ عليه، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

أما علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله: يُحَلَّفُ في جميع ذلك علىٰ السبب، إلا إذا عَرَّضَ بما ذَكَرْنا، فحينئذٍ يُحَلَّفُ علىٰ الحاصل.

وقيل: يُنظَرُ إلىٰ إنكارِ المدعىٰ عليه: إن أنكر السببَ: يُحَلَّفُ عليه، وإن أنكر الحُكْمَ: يُحَلَّفُ علىٰ الحاصل.

فالحاصلُ هو الأصلُ عندهما إذا كان سبباً يرتفعُ برافعٍ، إلا إذا كان فيه تَرْكُ النظرِ من جانبِ المدعي، فحينئذٍ يُحلَّفُ علىٰ السبب، بالإجماع.

وذلك مثلُ أن تدَّعيَ مبتوتةٌ نفقةَ العدةِ، والزوجُ ممن لا يراها[٢]، أو ادَّعىٰ شفعةً بالجوار، والمشتري ممن لا يراها[٣]؛ لأنه لو حُلِّفَ علىٰ

---

(١) أي بالطلاق الذي ذَكَرَتِ المرأة.

(٢) أي ممن لا يرىٰ نفقة المبتوتة، بأن كان شافعي المذهب. البناية ١٢/١٦٠.

(٣) بأن كان شافعي المذهب.

ومَن وَرِثَ عبداً، فادعاه آخَرُ: استُحلِفُ علىٰ عِلْمه.

وإن وُهِبَ له، أو اشتراه: يُحَلَّفُ علىٰ البَتَات.

ومَن ادعىٰ علىٰ آخَرَ مالاً، فافْتدَىٰ يمينَه، أو صالحه منها علىٰ عشرةِ دراهم: فهو جائزٌ.

الحاصل: يَصْدُقُ في يمينه في معتَقده، فيفوتُ النظرُ في حقِّ المدعي.

وإن كان سبباً لا يرتفعُ برافعٍ: فالتحليفُ علىٰ السبب، بالإجماع.

كالعبد المسلمِ إذا ادَّعىٰ العتقَ علىٰ مولاه: يُحلَّف علىٰ السبب: بالله ما أعتقتُه؛ لأنه لا يرتفعُ.

بخلاف الأمةِ والعبدِ الكافرِ؛ لأنه يُكرِّرُ الرِّقَّ عليها: بالرِّدَّة واللَّحاق، وعليه: بنَقْض العهد واللَّحاق، ولا يُكرَّرُ علىٰ العبد المسلم.

قال: (ومَن وَرِثَ عبداً، فادعاه آخَرُ: استُحلِفُ علىٰ عِلْمه)؛ لأنه لا عِلْمَ له بما صَنَعَ المُورِّثُ، فلا يُحَلَّفُ علىٰ البَتَات.

قال: (وإن وُهِبَ له، أو اشتراه: يُحَلَّفُ علىٰ البَتَات)؛ لوجود المطلِقِ لليمين، إذِ الشراءُ سببٌ لثبوت الملكِ وَضْعاً، وكذا الهبةُ.

قال: (ومَن ادعىٰ علىٰ آخَرَ مالاً، فافْتدَىٰ يمينَه، أو صالحه منها علىٰ عشرةِ دراهم: فهو جائزٌ).

وهو مأثورٌ عن عثمان رضي الله عنه[1].

---

(١) أي قوله في فداء اليمين بالمال: المعجم الكبير للطبراني (٥٥٩)، وعزاه في نصب الراية ١٠٣/٤، والدراية ١٧٦/٢ للبيهقي عن المستخرج لأبي الوليد الفقيه بإسناد صحيح.

وليس له أن يَستحلِفَه علىٰ تلك اليمين أبداً.

(وليس له أن يَستحلِفَه علىٰ تلك اليمين أبداً)؛ لأنه أسقط حَقَّه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب التحالُف

وإذا اختَلَفَ المتبايعان في البيع، فادَّعىٰ أحدُهما ثمناً، وادَّعىٰ البائعُ أكثرَ منه، أو اعترَفَ البائعُ بقَدْرٍ من المَبيع، وادَّعىٰ المشتري أكثرَ منه، فأقام أحدُهما البيِّنةَ: قُضِيَ له بها.

وإن أقام كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً: كانتِ البيِّنةُ المثبِتةُ للزيادة أَوْلىٰ.

وإن لم تكنْ لكلٍّ واحدٍ منهما بينةٌ: قيل للمشتري: إما أن ترضىٰ. . .

باب التحالُف

قال: (وإذا اختَلَفَ المتبايعان في البيع[1]، فادَّعىٰ أحدُهما ثمناً، وادَّعىٰ البائعُ أكثرَ منه، أو اعترَفَ البائعُ بقَدْرٍ من المَبيع، وادَّعىٰ المشتري أكثرَ منه، فأقام أحدُهما البيِّنةَ: قُضِيَ له بها)؛ لأن في الجانبِ الآخَرِ مجرَّدَ الدعوىٰ، والبينةُ أقوىٰ منها.

قال: (وإن أقام كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً: كانتِ البيِّنةُ المثبِتةُ للزيادة أَوْلىٰ)؛ لأن البيِّناتِ للإثبات، ولا تعارَضَ في الزيادة.

ولو كان الاختلافُ في الثمنِ والمَبيعِ جميعاً: فبيِّنةُ البائع أَوْلىٰ في الثمن، وبيِّنةُ المشتري أَوْلىٰ في المبيع؛ نظراً إلىٰ زيادةِ الإثبات.

قال: (وإن لم تكنْ لكلٍّ واحدٍ منهما بينةٌ: قيل للمشتري: إما أن ترضىٰ

---

(١) أي من حيث الكيفية والكمية.

بالثمن الذي ادعاه البائعُ، وإلا : فَسَخْنا البيعَ، وقيل للبائع : إما أن تُسلِّمَ ما ادعاه المشتري من المَبيع، وإلا : فَسَخْنا البيعَ.

فإن لم يتراضيا : استَحْلَفَ الحاكمُ كلَّ واحدٍ منهما علىٰ دعوىٰ الآخَر.

بالثمن الذي ادعاه البائعُ، وإلا: فَسَخْنا البيعَ، وقيل للبائع: إما أن تُسلِّمَ ما ادعاه المشتري من المَبيع، وإلا: فَسَخْنا البيعَ).

لأن المقصودَ قَطْعُ المنازعة، وهذا[١] جهةٌ[٢] فيه؛ لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا عَلِمَا[٣] به: يتراضيان به.

قال: (فإن لم يتراضيا: استَحْلَفَ الحاكمُ كلَّ واحدٍ منهما علىٰ دعوىٰ الآخَر).

وهذا التحالفُ قبلَ القبضِ علىٰ وِفاق القياس؛ لأن البائعَ يدَّعي زيادةَ الثمن، والمشتري يُنكِرُها، والمشتري يدَّعي وجوبَ تسليم المَبيع بما نَقَدَ، والبائعُ يُنكِرُه، فكلٌّ واحدٍ منهما مُنكِرٌ، فيُحَلَّف.

فأما بعد القبض: فمخالِفٌ للقياس؛ لأن المشتريَ لا يدعي شيئاً؛ لأن المبيعَ سالمٌ له في يده، فتبقىٰ دعوىٰ البائع في زيادة الثمن[٤]، والمشتري يُنكِرُها[٥]، فيُكتَفىٰ بحَلِفِه، لكنَّا عَرَفْناه بالنص، وهو قولُه عليه الصلاة

---

(١) أي هذا القول طريقٌ في قطع المنازعة.

(٢) وفي نسخة ٩٧٧هـ: حجة. بدل: جهة.

(٣) أي البائع والمشتري.

(٤) وفي نُسخ: الدَّيْن. وكُتب عليها شرحاً: أي الثمن.

(٥) وفي نُسخ: ينكره.

ويَبتدئُ بيمين المشتري.

والسلام: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعةُ قائمةٌ بعَيْنها: تحالفا، وترادَّا»[1].

قال: (ويَبتدئُ بيمين المشتري).

وهذا قولُ محمدٍ وأبي يوسف آخِراً رحمهما الله، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيحُ؛ لأن المشتريَ أشدُّهما إنكاراً؛ لأنه يُطالَبُ أوَّلاً بالثمن، أو لأنه يَتعجَّلُ فائدةَ النُّكول، وهو إلزامُ الثمن، ولو بُدِئَ بيمين البائع: تتأخَّرُ المطالبةُ بتسليم المبيع إلىٰ زمانِ استيفاءِ الثمن.

وكان أبو يوسف رحمه الله يقولُ أوَّلاً: يُبدأُ بيمين البائع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان: فالقولُ ما قاله البائع»[2].

خصَّه بالذِّكْر، وأقلُّ فائدتِه: التقديمُ.

وإن كان بَيْعَ عَيْنٍ بعينٍ، أو ثمنٍ بثمنٍ: بدأ القاضي بيمينِ أيِّهما شاء؛ لاستوائهما.

وصفةُ اليمين: أن يُحَلَّفَ البائعُ: بالله ما باعه بألفٍ، ويُحلَّفَ المشتري: بالله ما اشتراه بألفَيْن.

وقال في «الزيادات»: يُحلَّفُ البائعُ: بالله ما باعه بألفٍ، ولقد باعه بألفين، ويُحلَّفُ المشتري: بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألفٍ.

---

(١) بلفظ قريب في سنن ابن ماجه (٢١٨٦)، سنن النسائي (٤٦٤٨)، سنن أبي داود (٣٥١١)، وللحديث طرق كثيرة بألفاظ متقاربة، وقد توسع في الكلام عنها وعن اتصالها وقبولها صاحب نصب الراية ٤/١٠٥، والتلخيص الحبير ٣/٣٠.

(٢) كما في رواية الإمام مالك في الموطأ بلاغاً ٢/٦٧١.

فإن حَلَفَا : فَسَخَ القاضي البيعَ بينهما.

وإن نَكَلَ أحدُهما عن اليمين : لَزِمَه دعوىٰ الآخَرِ.

وإن اختلفا في الأجل، أو في شَرْطِ الخيار، أو في استيفاء بعضِ الثمن : فلا تحالَفَ بينهما.

يُضَمُّ الإثباتُ إلىٰ النفي تأكيداً.

والأصحُّ: الاقتصارُ علىٰ النفي؛ لأن الأَيْمانَ علىٰ ذلك وُضِعت.

دلَّ عليه حديثُ القسامة: «بالله ما قَتَلتُم، ولا عَلِمْتُم له قاتلاً»[1].

قال: (فإن حَلَفَا: فَسَخَ القاضي البيعَ بينهما).

وهذا يدلُّ علىٰ أنه لا يَنفسخُ[2] بنفس التحالف؛ لأنه لم يثبت ما ادَّعاه كلُّ واحدٍ منهما، فيبقىٰ بيعٌ مجهولٌ، فيفسَخُه القاضي؛ قطعاً للمنازعة.

أو يُقال: إذا لم يثبتِ البدلُ: يبقىٰ بيعاً بلا بدلٍ، وهو فاسدٌ، ولا بدَّ من الفسخ في البيع الفاسد.

قال: (وإن نَكَلَ أحدُهما عن اليمين: لَزِمَه دعوىٰ الآخَرِ)؛ لأنه جُعِلَ باذِلاً، فلم يَبْقَ دعواه معارِضاً لدعوىٰ الآخَر، فلَزِمَ القولُ بثبوته.

قال: (وإن اختلفا في الأجل، أو في شَرْطِ الخيار، أو في استيفاء بعضِ الثمن: فلا تحالَفَ بينهما)؛ لأن هذا اختلافٌ في غير المعقود عليه،

---

(١) صحيح البخاري (٦٨٩٨).

(٢) وفي نُسخ: لا يُفسخ.

والقولُ قولُ مَن يُنكِرُ الخيارَ والأجلَ، مع يمينه.

فإن هَلَكَ المَبيعُ، ثم اختلفا: لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، والقولُ قولُ المشتري.

وقال محمدٌ رحمه الله: يتحالفان، ويُفسَخُ البيعُ علىٰ قيمة الهالك.

والمعقودِ به، فأشبه الاختلافَ في الحَطِّ والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختلُّ ما به قَوَامُ العقد.

بخلاف الاختلافِ في وَصْفِ الثمنِ وجنسِه، حيث يكونُ بمنزلة الاختلافِ في القَدْر، في جريان التحالف؛ لأن ذلك يرجعُ إلىٰ نفسِ الثمن، فإن الثمنَ دَيْنٌ، وهو يُعرَفُ بالوصف، ولا كذلك الأجلُ؛ لأنه ليس بوصفٍ؛ ألا ترىٰ أن الثمنَ موجودٌ بعد مُضِيِّه.

قال: (والقولُ قولُ مَن يُنكِرُ الخيارَ والأجلَ، مع يمينه)؛ لأنهما يَثْبُتان بعارِضِ الشرط، والقولُ لمنكِرِ العوارض.

قال: (فإن هَلَكَ المَبيعُ[1]، ثم اختلفا: لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، والقولُ قولُ المشتري.

وقال محمدٌ رحمه الله: يتحالفان، ويُفسَخُ البيعُ علىٰ قيمة الهالك[2])، وهو قولُ الشافعي[3] رحمه الله.

---

(١) أي في يد المشتري.

(٢) أي يوم القبض. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، وفي حاشية نسخة ٧٣٨هـ: أي تجب علىٰ المشتري قيمةُ الهالك.

(٣) تحفة المحتاج ٤/٣٨٥.

. . . .

وعلىٰ هذا الاختلاف: إذا خرج المَبيعُ عن ملكِه، أو صار بحالٍ لا يَقدِرُ علىٰ ردِّه بالعيب.

لهما[١]: أن كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي غيرَ العقدِ الذي يدَّعيه صاحبُه، والآخَرُ يُنكِرُه، وأنه يُفيدُ دَفْعَ زيادةِ الثمن، فيتحالفان؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمنِ بعد هلاكِ السلعة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أن التحالفَ بعد القبض: علىٰ خلاف القياس؛ لِمَا أنه سَلِمَ للمشتري ما يدَّعيه، وقد وَرَدَ الشرعُ به[٢] في حال قيامِ السلعة، والتحالفُ فيه يُفضِي إلىٰ الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكِها؛ لارتفاعِ العقد، فلم يكن في معناه.

ولأنه لا يُبالَىٰ بالاختلافِ في السببِ بعدَ حصولِ المقصود، وإنما يُراعىٰ من الفائدةِ ما يوجِبُه العقدُ، وفائدةُ دَفْعِ زيادةِ الثمنِ ليست من موجَبَاته.

وهذا[٣] إذا كان الثمنُ ديناً، فإن كان عَيْناً: يتحالفان؛ لأن المبيعَ في أحدِ الجانبَيْن قائمٌ، فتُوَفَّرُ فائدةُ الفسخ، ثم يُرَدُّ مثلُ الهالكِ إن كان له مِثْلٌ[٤]، أو قيمتُه إن لم يكن له مِثلٌ.

---

(١) أي لمحمد والشافعي رحمهما الله.

(٢) أي بالتحالف.

(٣) أي وهذا الاختلاف.

(٤) وفي نُسخ: إن كان مثلياً.

وإن هَلَكَ أحدُ العبدَيْن، ثم اختلفا في الثمن : لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يَرضىٰ البائعُ أن يَتركَ حصةَ الهالكِ من الثمن.

وفي «الجامع الصغير» : القولُ قولُ المشتري، مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يشاءَ البائعُ أن يأخذَ العبدَ الحيَّ، ولا شيءَ له.

وقال أبو يوسف رحمه الله : يتحالفان في الحَيِّ، ويُفسَخُ العقدُ في الحيِّ، والقولُ قولُ المشتري في قيمة الهالك.

وقال محمدٌ رحمه الله : يتحالفان عليهما، ويَرُدُّ الحيَّ وقيمةَ الهالك.

قال: (وإن هَلَكَ أحدُ العبدَيْن، ثم اختلفا في الثمن: لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يَرضىٰ البائعُ أن يَتركَ حصةَ الهالكِ من الثمن[١].

وفي «الجامع الصغير[٢]»: القولُ قولُ المشتري، مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يشاءَ البائعُ أن يأخذَ العبدَ[٣] الحيَّ، ولا شيءَ له.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يتحالفان في الحَيِّ، ويُفسَخُ العقدُ في الحيِّ، والقولُ قولُ المشتري في قيمة الهالك.

وقال محمدٌ رحمه الله: يتحالفان عليهما[٤]، ويَرُدُّ الحيَّ وقيمةَ الهالك)؛ لأن هلاكَ كلِّ السلعة لا يَمنَعُ التحالفَ عنده، فهلاكُ البعضِ أَولىٰ.

---

(١) أي علىٰ المشتري، ولا يطلبُ شيئاً أصلاً.

(٢) ص١٧٢.

(٣) لفظ: العبد: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) وفي نُسخ: فيهما.

. . . .

ولأبي يوسف رحمه الله: أن امتناعَ التحالفِ للهلاك، فيَتقدَّر بقَدْره.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التحالفَ علىٰ خلافِ القياسِ في حال قيامِ السلعة، وهي اسمٌ لجميع أجزائها، فلا تَبقىٰ السلعةُ بفَوَات بعضها.

ولأنه لا يُمكِنُ التحالفُ في القائمِ إلا علىٰ اعتبارِ حصتِه من الثمن، فلا بدَّ من القسمة[1] علىٰ القيمة[2]، وهي[3] تُعرَفُ بالحَزْرِ والظنِّ، فيؤدِّي إلىٰ التحالف مع الجهل، وذلك لا يجوزُ، إلا أن يرضىٰ البائعُ أن يَتركَ حصةَ الهالكِ أصلاً، لأنه حينئذٍ يكونُ الثمنُ كلُّه بمقابلة القائم[4]، ويَخرجُ الهالكُ عن العقد، فيتحالفان.

هذا تخريجُ بعضِ المشايخ رحمهم الله، ويُصرَفُ الاستثناءُ عندهم إلىٰ التحالف، كما ذكرنا.

وقالوا: إن المرادَ من قوله في «الجامع الصغير»: يأخذُ الحيَّ، ولا شيءَ له: معناه: لا يأخذُ مِن ثمن الهالك شيئاً أصلاً.

وقال بعضُ المشايخ رحمهم الله: يأخذُ من ثمنِ الهالكِ بقَدْر ما أقرَّ به المشتري، وإنما لا يأخذُ الزيادةَ.

---

(١) أي بين الحي والهالك.

(٢) أي باعتبار القيمة.

(٣) أي القيمة.

(٤) وهو الحي.

. . . .

وعلىٰ قولِ هؤلاء: يَنصرفُ الاستثناءُ إلىٰ يمينِ المشتري، لا إلىٰ التحالف؛ لأنه لَمَّا أَخَذَ البائعُ بقول المشتري: فقد صدَّقه، فلا يُحلَّفُ المشتري.

ثم تفسيرُ التحالفِ علىٰ قولِ محمدٍ رحمه الله: ما بيَّنَّاه في القائم.

وإذا حَلَفَا، ولم يتَّفِقَا علىٰ شيءٍ، فادعىٰ[1] أحدُهما الفسخَ، أو كلاهما: يُفسَخُ العقدُ بينهما، ويَأمرُ القاضي المشتريَ بردِّ الباقي، وقيمةِ الهالك.

واختلفوا في تفسيره علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله، والصحيحُ أنه يُحلَّفُ المشتري: بالله ما اشتريتُهما بما يدَّعيه البائع، فإن نَكَلَ: لَزِمَه دعوىٰ البائع.

وإن حَلَفَ: يُحلَّفُ البائعُ: بالله ما بعتُهما بالثمن الذي يدَّعيه المشتري، فإن نَكَلَ: لَزِمَه دعوىٰ المشتري.

وإن حَلَفَ: يَفسخان العقدَ في القائم، وتَسقُطُ حصتُه من الثمن، ويَلزمُ المشتريَ حصةُ الهالك، وتُعتبرُ قيمتُهما في الانقسام يومَ القبض.

وإن اختلفا في قيمةِ الهالكِ يومَ القبض: فالقولُ قولُ البائع، وأيُّهما أقام البينةَ تُقبَلُ بيِّنتُه، وإن أقاماها: فبيِّنةُ البائع أَولىٰ.

---

(١) وفي نُسخ: فأراد، وفي أخرىٰ: وطلب.

. . . .

وهو قياسُ ما ذُكِرَ في بيوعِ «الأصل»، فيمن اشترىٰ عبدَيْن، وقَبَضَهما، ثم رَدَّ أحدَهما بالعيب، وهَلَكَ الآخَرُ عنده: يجبُ عليه ثمنُ ما هَلَكَ عنده، ويسقطُ عنه ثمنُ ما ردَّه، وينقسمُ الثمنُ علىٰ قيمتهما[١].

فإن اختلفا في قيمةِ الهالك: فالقولُ قولُ البائع؛ لأن الثمنَ قد وَجَبَ باتفاقهما، ثم المشتري يدعي زيادةَ السقوطِ بنقصانِ قيمةِ الهالكِ، والبائعُ يُنكِرُه، والقولُ للمنكِر.

وإن أقاما البينةَ: فبيِّنةُ البائعِ أوْلىٰ؛ لأنها أكثرُ إثباتاً ظاهراً؛ لإثباتها الزيادةَ في قيمة الهالك.

وهذا[٢]: لفِقْهٍ، وهو أنَّ في الأَيْمانِ تُعتبرُ الحقيقةُ[٣]؛ لأنها[٤] تتوجَّه علىٰ أحدِ العاقدَيْن، وهما يَعرفان حقيقةَ الحال، فبُنِيَ الأمرُ عليها، والبائعُ منكِرٌ حقيقةً، ولهذا كان القولُ قولَه.

وفي البيِّناتُ: يُعتبرُ الظاهرُ؛ لأن الشاهدَيْن لا يَعلَمَان حقيقةَ الحال، فاعتُبر الظاهرُ في حَقِّهما، والبائعُ مدَّعٍ ظاهراً، فلهذا تُقبَلُ بيِّنتُه أيضاً، وتترجَّحُ بالزيادة الظاهرة، علىٰ ما مَرَّ.

---

(١) يوم القبض. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) أي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنىً فقهي خفيٍّ، وبيَّن الفقهَ الخفيَّ بقوله: وهو أن في الأيمان...، إلىٰ آخره. ينظر البناية ١٢/١٨٠، وحاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٣) أي حقيقة الحال.

(٤) أي اليمين.

ومَن اشترىٰ جاريةً، وقَبَضَها، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن: فإنهما يتحالفان، ويعودُ البيعُ الأولُ.

ومَن أسلم عشرةَ دراهمَ في كُرٍّ حنطةٍ، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن: فالقولُ قولُ المسلَم إليه، ولا يعودُ السَّلَمُ.

وهذا يُبيِّنُ لكَ معنىٰ ما ذكرناه من قول أبي يوسف رحمه الله.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، وقبَضَها، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن: فإنهما يتحالفان، ويعودُ البيعُ الأولُ).

ونحنُ ما أثبتنا التحالفَ فيه بالنص[1]؛ لأنه وَرَدَ في البيع المطلَق، والإقالةُ فَسْخٌ في حَقِّ المتعاقدين، وإنما أثبتناه بالقياس؛ لأن المسألةَ مفروضةٌ قبلَ القبض، والقياسُ يوافِقُه، علىٰ ما مَرَّ.

ولهذا نقيسُ الإجارةَ علىٰ البيع قبلَ القبض، والوارثَ علىٰ العاقد، والقيمةَ علىٰ العين فيما إذا استهلكه[2] في يدِ البائع غيرُ المشتري.

ولو قَبَضَ البائعُ المَبيعَ بعد الإقالة: فلا تحالفَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، خلافاً لمحمدٍ رحمه الله؛ لأنه يَرىٰ النصَّ معلولاً بعد القبض أيضاً.

قال: (ومَن أسلم عشرةَ دراهمَ في كُرٍّ حنطةٍ، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن: فالقولُ قولُ المسلَم إليه، ولا يعودُ السَّلَمُ)؛ لأن الإقالةَ في باب

---

(١) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «إذا اختلف البيِّعان والسلعة قائمةً بعينها: تحالفا وترادَّا».

(٢) أي المبيع، وهو المشترَىٰ، وينظر البناية ١٢/ ١٨٢ لضبط العبارة.

وإذا اختلف الزوجان في المهر، فادَّعىٰ الزوجُ أنه تزوَّجها بألفٍ، وقالت المرأةُ: تزوَّجني بألفَيْن: فأيُّهما أقام البينةَ: تُقبَلُ بيِّنتُه.

وإن أقاما البيِّنةَ: فالبيِّنةُ بيِّنةُ المرأةِ.

وإن لم تكن لهما بيِّنةٌ: تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُفسَخُ النكاحُ.

السلم لا تحتملُ النَّقْضَ؛ لأنه إسقاطٌ، فلا يعودُ السلَم.

بخلاف الإقالةِ في البيع؛ ألا ترىٰ أن رأسَ مالِ السلم لو كان عَرْضاً، فردَّه بالعيب، وهَلَكَ قبلَ التسليم إلىٰ ربِّ السلَم: لا يعودُ السَّلَمُ، ولو كان ذلك في بيع العين: يعودُ البيع: دلَّ علىٰ الفرقِ بينهما.

قال: (وإذا اختلف الزوجان في المهر، فادَّعىٰ الزوجُ أنه تزوَّجها بألفٍ، وقالت المرأةُ: تزوَّجني بألفَيْن: فأيُّهما أقام البينةَ: تُقبَلُ بيِّنتُه)؛ لأنه نَوَّرَ دعواه بالحُجَّة.

(وإن أقاما البيِّنةَ: فالبيِّنةُ بيِّنةُ المرأةِ)؛ لأنها تُثبِتُ الزيادةَ، معناه: إذا كان مهرُ مثلِها أقلَّ مما ادَّعتْه المرأةُ.

قال: (وإن لم تكن لهما بيِّنةٌ: تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُفسَخُ النكاحُ)؛ لأن أَثَرَ التحالفِ في انعدام التسمية، وأنه لا يُخِلُّ بصحة النكاح؛ لأن المهرَ تابعٌ فيه.

بخلاف البيع؛ لأن عدمَ التسميةِ يُفسِدُه، علىٰ ما مرَّ، فيُفسَخُ.

ولكنْ يُحَكَّمُ مهرُ المثل، فإنْ كان مهرُ المثلِ مِثْلَ ما اعترف به الزوجُ، أو أقلَّ: قُضِيَ بما قال الزوجُ.

وإن كان مِثلَ ما ادَّعتْه المرأةُ، أو أكثرَ: قُضِيَ بما ادَّعَتْه المرأةُ.

وإن كان مهرُ المثلِ أكثرَ مما اعترف به الزوجُ، وأقلَّ مما ادَّعتْه المرأةُ: قُضِيَ لها بمهر المثل.

قال: (ولكنْ يُحكَّمُ مهرُ المثل، فإنْ كان مهرُ المثلِ مِثْلَ ما اعترف به الزوجُ، أو أقلَّ: قُضِيَ بما قال الزوجُ)؛ لأن الظاهرَ شاهِدٌ له.

(وإن كان مِثلَ ما ادَّعتْه المرأةُ، أو أكثرَ: قُضِيَ بما ادَّعَتْه المرأةُ.

وإن كان مهرُ المثلِ[1] أكثرَ مما اعترف به الزوجُ، وأقلَّ مما ادَّعتْه المرأةُ: قُضِيَ لها بمهر المثل)؛ لأنهما لَمَّا تحالفا: لم تَثبتِ الزيادةُ علىٰ مهر المثل، ولا الحطُّ عنه.

قال رضي الله عنه: ذَكَرَ التحالفَ أوَّلاً، ثم التحكيمَ، وهذا قولُ الكَرْخي رحمه الله؛ لأن مهرَ المثلِ لا اعتبارَ له مع وجودِ التسمية، وسقوطِ اعتبارها بالتحالف، ولهذا يُقدَّم في الوجوه كلِّها.

ويُبدأُ بيمين الزوجِ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ تعجيلاً لفائدة النكول، كما في المشتري.

وتخريجُ الرازي[2] رحمه الله بخلافه، وقد استقصيناه في النكاح، وذكرنا خلافَ أبي يوسف رحمه الله، فلا نعيدُه.

---

(١) وفي نُسخ: مهر مثلها.

(٢) أي الإمام الشهير أبي بكرٍ الرازي الجصاص، ت٣٧٠هـ.

وإن اختلفا في الإجارةِ قبلَ استيفاءِ المعقودِ عليه: تحالفا، وترادًّا.

ولو ادَّعىٰ الزوجُ النكاحَ علىٰ هذا العبد، والمرأةُ تدَّعِيْه علىٰ هذه الجارية: فهو كالمسألة المتقدِّمة، إلا أن قيمةَ الجارية إذا كانتْ مثلَ مهرِ المثل[١]: يكونُ لها قيمتُها، دون عَيْنها؛ لأنَّ تَمَلُّكَها لا يكون إلا بالتراضي، ولم يوجد، فوَجَبَتِ القيمةُ.

قال: (وإن اختلفا في الإجارةِ قبلَ استيفاءِ المعقودِ عليه: تحالفا، وترادًّا).

معناه: إذا اختلفا في البدل، أو في المُبْدَل؛ لأن التحالفَ في البيع قبلَ القبض: علىٰ وِفاقِ القياس، علىٰ ما مَرَّ، والإجارةُ قبلَ قَبْضِ المنفعةِ: نظيرُ البيعِ قبلَ قَبْضِ المَبيع، وكلامُنا قبلَ استيفاء المنفعة[٢].

فإن وَقَعَ الاختلافُ في الأجرة: بُدِئ بيمين المستأجِرِ؛ لأنه منكِرٌ لوجوب الأجرة.

وإن وَقَعَ في المنفعة: بُدِئ بيمين المُؤْجِرِ.

وأيُّهما نَكَلَ: لزمه دعوىٰ صاحبِه[٣].

وأيُّهما أقام البينةَ: قُبلت بينتُه.

ولو أقاماها: فبيِّنةُ المؤجِرِ أَوْلىٰ إن كان الاختلافُ في الأجرة، وإن كان في المنافع: فبيِّنةُ المستأجِرِ أَوْلىٰ.

---

(١) وفي نُسخ: مهر مثلها.

(٢) وفي نُسخ: المنافع.

(٣) وفي نُسخ: الآخر.

وإن اختلفا بعدَ الاستيفاء : لم يتحالفا، وكان القولُ قولَ المستأجر.

وإن اختلفا بعد استيفاءِ بعضِ المعقودِ عليه : تحالفا، وفُسِخَ العقدُ فيما بقِيَ، وكان القولُ في الماضي قولَ المستأجر.

وإن كان فيهما: قُبِلَتْ بيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما فيما يدَّعيه من الفضل، نحوَ أن يَدَّعِيَ هذا شهراً بعشرة، والمستأجِرُ شهرين بخمسة: يُقضَىٰ بشهرين بعشرة.

قال: (وإن اختلفا بعدَ الاستيفاء: لم يتحالفا، وكان القولُ قولَ المستأجر).

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ظاهرٌ؛ لأن هلاكَ المعقودِ عليه يَمنعُ التحالفَ عندهما.

وكذا علىٰ أصل محمدٍ رحمه الله؛ لأن الهلاكَ إنما لا يمنعُ التحالفَ عنده في المبيع، لِمَا أنَّ له قيمةً تقومُ مَقامَه، فيتحالفان عليها.

ولو جرىٰ التحالفُ ها هنا، وفُسِخَ العقدُ: فلا قيمةَ؛ لأنَّ المنافعَ لا تتقوَّمُ بنفسها، بل بالعقد، ويتبيَّنُ حينئذٍ أنه لا عقدَ.

وإذا امتنع التحالفُ: فالقولُ للمستأجر، مع يمينِه؛ لأنه هو المستَحَقُّ عليه.

قال: (وإن اختلفا بعد استيفاءِ بعضِ المعقودِ عليه: تحالفا، وفُسِخَ العقدُ فيما بقِيَ، وكان القولُ في الماضي قولَ المستأجر).

لأن العقدَ ينعقدُ ساعةً فساعةً، فيَصيرُ في كلِّ جزءٍ من المنفعة، كأنَّ[1]

---

(١) وفي نسخ: كأنه.

وإذا اختلف المولىٰ والمكاتَبُ في مالِ الكتابة: لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يتحالفان، وتُفسَخُ الكتابةُ.

ابتداءَ العقد عليها، بخلاف البيعِ؛ لأن العقدَ فيه ينعقدُ دَفْعةً واحدةً، فإذا تعذَّر في البعض: تعذَّر في الكل.

قال: (وإذا اختلف المولىٰ والمكاتَبُ في مالِ الكتابة: لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يتحالفان، وتُفسَخُ الكتابةُ)، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله؛ لأنه عَقْدُ معاوضةٍ يَقبلُ الفسخَ، فأشبه البيعَ.

والجامعُ: أن المولىٰ يدَّعي بدلاً زائداً، يُنكِرُه العبدُ، والعبدُ يدَّعي استحقاقَ العتقِ عليه عند أداءِ القَدْرِ الذي يدعيه، والمولىٰ يُنكِرُه، فيتحالفان، كما إذا اختلفا في الثمن.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن البدلَ[٢] مقابَلٌ بفَكِّ الحَجْر في حَقِّ اليد والتصرُّفِ[٣] للحال، وهو سالِمٌ للعبد، وإنما ينقَلِبُ[٤] مقابَلاً بالعتق[٥] عند الأداء، فقَبْلَه: لا مقابلةَ، فبقيَ اختلافاً في قَدْر البدل، لا غيرَ، فلا يتحالفان.

---

(١) مغني المحتاج ٤/٥٣٦.

(٢) أي مال الكتابة.

(٣) عطفٌ تفسيري، وفي نُسخ: بضم الفاء: والتصرفُ.

(٤) أي بدل مال الكتابة في الآخر. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٥) وفي نُسخ: للعتق.

وإذا اختلف الزوجان في متاعِ البيت: فما يَصلُحُ للرجال: فهو للرجل، مع يمينه.

وما يَصلُح للنساء: فهو للمرأة، مع يمينها.

وما يصلُحُ لهما فهو للرجل، مع يمينه.

فإن مات أحدُهما، واختلفتْ ورثتُه مع الآخَر: فما يَصلُحُ للرجال والنساء: فهو للباقي منهما.

قال: (وإذا اختلف الزوجان في متاعِ البيت: فما يَصلُحُ للرجال: فهو للرجل، مع يمينه)، كالعِمَامة؛ لأن الظاهرَ شاهدٌ له.

(وما يَصلُح للنساء: فهو للمرأة، مع يمينها)، كالوِقاية[1]؛ لشهادة الظاهرِ لها.

(وما يصلُحُ لهما)، كالآنية: (فهو للرجل، مع يمينه).

لأن المرأةَ وما في يدِها: في يد الزوج، والقولُ في الدعاوىٰ لصاحب اليد، بخلاف ما يختَصُّ بها؛ لأنه يُعارِضُه ظاهرٌ آخَرُ أقوىٰ منه.

ولا فَرْقَ بينما إذا وقع[2] الاختلافُ في حال قيامِ النكاح، أو بعد ما وَقَعَتِ الفُرقة.

قال: (فإن مات أحدُهما، واختلفتْ ورثتُه مع الآخَر: فما يَصلُحُ للرجال والنساء: فهو للباقي منهما)؛ لأن اليدَ: للحيِّ، دونَ الميت،

---

(١) هي ما تشدُّه المرأةُ علىٰ استدارة رأسها، كالعِصابة، سُمِّيت بذلك؛ لأنها تَقِي الخِمارَ. البناية ١٢/١٩١.

(٢) وفي نُسخ: بينما إذا كان الاختلاف.

وهذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُدْفَعُ إلىٰ المرأة ما يُجهَّزُ به مثلُها، والباقي للزوج، مع يمينه.

والطلاقُ والموتُ: سواءٌ.

وقال محمدٌ رحمه الله: ما كان للرجال: فهو للرجل، وما كان للنساء: فهو للمرأة، وما يكونُ لهما: فهو للرجل، أو لورثته.

والطلاقُ والموتُ: سواءٌ.

(وهذا) الذي ذكرناه (قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُدْفَعُ إلىٰ المرأة ما يُجهَّزُ به مثلُها، والباقي للزوج، مع يمينه)؛ لأن الظاهرَ أنَّ المرأةَ تأتي بالجِهَاز، وهذا أقوىٰ، فيبطلُ به ظاهرُ يدِ الزوج، ثم في الباقي: لا معارِضَ لظاهرٍ، فيُعتَبر.

قال: (والطلاقُ والموتُ: سواءٌ)؛ لقيامِ الورثةِ مَقامَ مُوَرِّثِهم.

(وقال محمدٌ رحمه الله: ما كان للرجال: فهو للرجل، وما كان للنساء: فهو للمرأة، وما يكونُ لهما: فهو للرجل، أو لورثته)؛ لِمَا قلنا لأبي حنيفة[1] رحمه الله.

قال: (والطلاقُ والموتُ: سواءٌ)؛ لقيام الوارثِ[2] مَقامَ المورِّث.

---

(١) أي لما قلنا من الدليل للإمام أبي حنيفة رحمه الله. البناية ١٢/١٩٢.

(٢) وفي نُسخ: الورثة.

وإن كان أحدُهما مملوكاً : فالمتاعُ للحرِّ في حالةِ الحياة.

وللحيِّ : بعدَ الممات.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : العبدُ المأذونُ له في التجارة، والمكاتَبُ : بمنزلة الحُرِّ.

قال: (وإن كان أحدُهما مملوكاً: فالمتاعُ للحرِّ في حالةِ الحياة)؛ لأن يدَ الحرِّ أقوىٰ.

(وللحيِّ: بعدَ الممات)؛ لأنه لا يدَ للميت، فخَلَتْ يدُ الحيِّ عن المُعارِض، (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: العبدُ المأذونُ له في التجارة، والمكاتَبُ: بمنزلة الحُرِّ)؛ لأن لهما يداً معتبرَةً في الخصومات، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

فيمَن لا يكون خَصْماً

وإن قال المدَّعىٰ عليه: هذا الشيءُ أَوْدَعَنِيْه فلانٌ الغائبُ، أو رَهَنَه عندي، أو غَصَبْتُه منه، وأقام بيِّنةً علىٰ ذلك: فلا خصومةَ بينه وبين المدِّعي.

فصلٌ

فيمَن لا يكون خَصْماً

قال: (وإن قال المدَّعىٰ عليه: هذا الشيءُ أَوْدَعَنِيْه فلانٌ الغائبُ، أو رَهَنَه عندي، أو غَصَبْتُه منه، وأقام بيِّنةً علىٰ ذلك: فلا خصومةَ بينه وبين المدِّعي).

وكذا إذا قال: آجَرَنِيْه، وأقام البينةَ علىٰ ذلك؛ لأنه أثبت ببيِّنتِه أن يدَه ليست بيدِ خصومةٍ.

وقال ابنُ شُبْرُمَةَ[1] رحمه الله: لا تندفعُ الخصومةُ؛ لأنه تعذَّرَ إثباتُ الملكِ للغائب؛ لعدم الخصمِ عنه، ودَفْعُ الخصومةِ: بناءٌ عليه.

قلنا: مقتضىٰ البينةِ شيئان: ثبوتُ الملكِ للغائب، ولا خصمَ فيه، فلم يثبت، ودَفْعُ خصومةِ المدعي، وهو خصمٌ فيه، فيثبتُ، وهو كالوكيل

---

(١) عبد الله بن شُبْرُمة، الإمام الشهير، فقيه العراق، ت١٤٤هـ.

. . . .

بنقل المرأة، وإقامتِها البينةَ علىٰ الطلاق، كما بيَّنّا من قبل[١].

ولا تندفعُ بدون إقامةِ البينة، كما قال ابنُ أبي ليلىٰ رحمه الله[٢]؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده، فهو بإقراره يُريدُ أن يُحوِّلَ حقّاً مستَحَقّاً علىٰ نفسه، فلا يُصدَّقُ إلا بالحجة، كما إذا ادعىٰ تحوُّلَ الدَّيْن من ذمته إلىٰ ذمة غيره.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخِراً: إن كان الرجلُ صالحاً: فالجوابُ كما قلناه[٣]، وإن كان معروفاً بالحِيَل[٤]: لا تندفعُ عنه الخصومةُ؛ لأن المُحتالَ من الناس قد يَدفعُ مالَه[٥] إلىٰ مسافرٍ يودِعُه إياه، ويُشهِدُ عليه الشهودَ، فيَحتالُ لإبطال حَقٍّ غيرِه، فإذا اتهمه القاضي به: لا يَقبلُه.

ولو قال الشهودُ: أَوْدَعَه رجلٌ لا نعرِفُه: لا تندفعُ عنه الخصومةُ؛ لاحتمال أن يكونَ المودِعُ[٦] هو هذا المدعي.

ولأنه ما أحاله إلىٰ معيَّنٍ يُمكنُ للمدعي اتِّباعُه، فلو اندفعت: لتضرَّر به المدعي.

---

(١) في باب الوكالة بالخصومة والقبض.

(٢) محمد بن عبد الرحمن، الإمام الفقيه الشهير، ت١٤٨هـ.

(٣) أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة.

(٤) أي الحِيَل المحرَّمة.

(٥) أي الذي غصبه من إنسان.

(٦) وفي نُسخٍ نفيسةٍ أيضاً: المودَع، والأكثر بكسر الدال.

وإن قال: ابتَعتُه من الغائب: فهو خصمٌ.

وإن قال المدَّعي: غصبتَه مني، أو سرقتَه مني: لا تندفعُ........

ولو قالوا: نعرِفُه بوجهه، ولا نعرِفُه باسمه ونَسَبِه: فكذا الجوابُ عند محمد رحمه الله؛ للوجه الثاني.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: تندفعُ؛ لأنه أثبَتَ ببيِّنتِه أن العَيْنَ وَصَلَت إليه من جهة غيرِه[1]، حيث عَرَفَه الشهودُ بوجهه.

بخلاف الفصل الأول[2]، فلم تكن يدُه يدَ خصومةٍ، وهو المقصودُ، والمدعي هو الذي أضرَّ بنفسه، حيث نسيَ خصمَه، أو أضرَّه شهودُه[3]، دونَ المدَّعىٰ عليه.

وهذه المسألةُ مخمَّسَةُ كتابِ الدعوىٰ، وقد ذكرنا الأقوالَ الخمسةَ[4] بتوفيق الله تعالىٰ.

قال: (وإن قال[5]: ابتَعتُه من الغائب: فهو خصمٌ)؛ لأنه لَمَّا زَعَمَ أن يدَه يدُ ملكٍ: فقد اعترف بكونه خصماً.

قال: (وإن قال المدَّعي: غصبتَه مني، أو سرقتَه مني: لا تندفعُ

---

(١) أي غير المدعي.

(٢) وهو ما إذا قال الشهود: أودعه رجلٌ لا نعرفه أصلاً. البناية ١٢/١٩٨.

(٣) أي شهود المدعىٰ عليه. وفي نُسخ: أضرَّ به شهودُه.

(٤) أي هنا، وذلك لعلمائنا الثلاثة، ولابن أبي ليلىٰ، ولابن شُبرمة رحمهم الله.

(٥) أي ذو اليد.

الخصومةُ وإن أقام ذو اليدِ البينةَ علىٰ الوديعة.

وإن قال المدَّعي: سُرِقَ مني، وقال صاحبُ اليد: أَوْدَعَنِيْه فلانٌ، وأقام البينةَ علىٰ ذلك: لم تندفعِ الخصومةُ.

وإن قال المدَّعي: ابتَعتُه من فلانٍ، وقال صاحبُ اليد: أَوْدَعَنِيه. . . .

الخصومةُ وإن أقام ذو اليدِ البينةَ علىٰ الوديعة)؛ لأنه إنما صار خصماً بدعوىٰ الفعل عليه، لا بيدِه.

بخلافِ دعوىٰ الملكِ المطلَقِ؛ لأنه خصمٌ فيه؛ باعتبار يده، حتىٰ لا تصحُّ دعواه علىٰ غيرِ ذي اليد، وتصحُّ دعوىٰ الفعل عليه.

قال: (وإن قال المدَّعي: سُرِقَ مني، وقال صاحبُ اليد: أَوْدَعَنيْه فلانٌ، وأقام البينةَ علىٰ ذلك: لم تندفعِ الخصومةُ[1])، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وهذا استحسانٌ.

وقال محمدٌ رحمه الله: تندفعُ؛ لأنه لم يدَّعِ الفعلَ عليه، فصار كما إذا قال: غُصِبَ مني، علىٰ ما لم يُسَمَّ فاعلُه.

ولهما: أنَّ ذِكْرَ الفعلِ يَستدعي الفاعلَ، لا محالةَ، والظاهرُ أنه هو الذي في يده، إلا أنه لم يُعيِّنْه؛ دَرْءاً للحدِّ؛ شفقةً عليه، وإقامةً لحِسْبَة السَّتْر، فصار كما إذا قال: سَرَقْتَ.

بخلاف الغصب؛ لأنه لا حَدَّ فيه، فلا يُحترَزُ عن كَشْفِه.

قال: (وإن قال المدَّعي: ابتَعتُه من فلانٍ، وقال صاحبُ اليد: أَوْدَعَنِيه

---

(١) أي عنه.

فلانٌ ذلك : سَقَطَتِ الخصومةُ بغير بيِّنةٍ.

فلانٌ ذلك: سَقَطَتِ الخصومةُ بغير بيِّنةٍ)؛ لأنهما توافقا علىٰ أن أصلَ الملكِ فيه لغيره، فيكونُ وصولُها إلىٰ يدِ ذي اليد من جهته، فلم تكن يدُه يدَ خصومةٍ، إلا أنْ يُقيمَ البينةَ أن فلاناً وكَّله بقَبْضه؛ لأنه أثبت ببيِّنته كونَه أحقَّ بإمساكها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
ما يدَّعيه الرَّجُلان

وإذا ادَّعىٰ اثنان عيناً في يدِ آخَرَ، كلٌّ واحدٍ منهما يَزعُمُ أنها له، وأقاما البيِّنةَ: قُضِيَ بها بينهما نصفان.

باب
ما يدَّعيه الرَّجُلان

قال: (وإذا ادَّعىٰ اثنان عيناً في يدِ آخَرَ، كلٌّ واحدٍ منهما يَزعُمُ أنها له، وأقاما البيِّنةَ: قُضِيَ بها بينهما نصفان[(١)]).

وقال الشافعي[(٢)] رحمه الله في قولٍ: تهاتَرَتا.

وفي قول: يُقرَعُ بينهما؛ لأن إحدىٰ البيِّنتَيْن كاذبةٌ بيقينٍ؛ لاستحالة اجتماعِ المِلْكَيْن في الكلِّ في حالةٍ واحدةٍ، وقد تعذَّر التمييزُ، فتتهاتران.

أو يُصارُ إلىٰ القُرعة؛ لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أقرع فيه[(٣)]، وقال: «اللهمَّ أنتَ الحكَمُ بينهما»[(٤)].

---

(١) لفظ: نصفان: مثبتٌ في نسخة السليمانية برقم ٦٤٤، وفي بداية المبتدي ص٥١٧.

(٢) الأم ٦/٢٤٨.

(٣) أي في مثل هذه الحادثة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٤) المعجم الأوسط للطبراني (٣٩٨٥)، وإسناده حسن، كما في الدراية ٢/١٧٨.

فإن ادَّعىٰ كلٌّ واحدٍ منهما نكاحَ امرأةٍ، وأقاما البيِّنةَ : لم يُقْضَ بواحدةٍ من البيِّنتَيْن، ويُرجَعُ إلىٰ تصديقِ المرأةِ لأحدِهما .

ولنا: حديثُ تَمِيمِ بنِ طَرَفَةَ الطائيِّ(١) : أن رجلَيْن اختصما إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام في ناقةٍ، وأقام كلٌّ واحدٍ منهما البيِّنةَ، فقضىٰ بها بينهما نصفَيْن(٢).

وحديثُ القُرْعة كان في ابتداء الإسلام، ثم نُسِخَ(٣).

ولأن المطلِقَ للشهادة في حَقِّ كلِّ واحدٍ منهما مُحتمِلُ الوجود، بأنْ يَعتمدَ أحدُهما سببَ الملك، والآخَرُ اليدَ، فصحَّتِ الشهادتان، فيجبُ العملُ بهما ما أمكَنَ، وقد أمكَنَ بالتنصيف، إذِ المَحَلُّ يقبَلُه.

وإنما يُنَصَّفُ: لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

قال: (فإن ادَّعىٰ كلٌّ واحدٍ منهما نكاحَ امرأةٍ، وأقاما البيِّنةَ: لم يُقْضَ بواحدةٍ من البيِّنتَيْن)؛ لتعذُّر العملِ بهما؛ لأن المَحَلَّ لا يقبلُ الاشتراكَ.

قال: (ويُرجَعُ إلىٰ تصديقِ المرأةِ لأحدِهما)؛ لأنَّ النكاحَ مما يُحكَمُ به بتصادق الزوجَيْن، وهذا إذا لم تُؤقَّتِ البيِّنتان، فأما إذا وُقِّتَا: فصاحبُ الوقتِ الأول أَوْلىٰ.

---

(١) وهو تابعيٌّ، روايةً عن أبي موسىٰ الأشعري رضي الله عنه. حاشية سعدي.

(٢) السنن الكبرىٰ للنسائي (٥٩٥٤)، شرح مشكل الآثار (٤٧٥٦)، الدراية ١٧٨/٢.

(٣) قال في الدراية ١٧٨/٢ : تلقاه عن الطحاوي ـ شرح معاني الآثار ٣٨١/٤ ـ ولم يُقم علىٰ ذلك دليلاً مقبولاً.

ولو تفرَّد أحدُهما بالدعوىٰ، والمرأةُ تجحَدُ، فأقام البيِّنةَ، وقضىٰ القاضي له بها، ثم ادَّعىٰ آخَرُ، وأقام البينةَ علىٰ مثل ذلك: لا يُحكَمُ بها.

ولو ادَّعىٰ اثنان كلٌّ واحدٍ منهما أنه اشترىٰ منه هذا العبدَ. وأقاما البينةَ: فكلٌّ واحدٍ منهما بالخيار: إن شاء أَخَذَ نصفَ العبدِ بنصف الثمن، وإن شاء تَرَكَ.

وإن أقرَّتْ لأحدِهما قبلَ إقامةِ البينة: فهي امرأتُه؛ لتصادقهما.

وإن أقام الآخَرُ البيِّنةَ: قُضِيَ بها؛ لأن البينةَ أقوىٰ من الإقرار.

قال: (ولو تفرَّد أحدُهما بالدعوىٰ، والمرأةُ تجحَدُ، فأقام البيِّنةَ، وقضىٰ القاضي له بها، ثم ادَّعىٰ آخَرُ، وأقام البينةَ علىٰ مثل ذلك: لا يُحكَمُ بها)؛ لأن القضاءَ الأوَّلَ قد صحَّ، فلا يُنقَضُ بما هو مثلُه، بل دونَه.

إلا أنْ يُؤقِّتَ شهودُ الثاني سابقاً؛ لأنه ظَهَرَ الخطأُ في الأول بيقين.

وكذا إذا كانتِ المرأةُ في يدِ الزوج، ونكاحُه ظاهرٌ: لا تُقبلُ بينةُ الخارجِ إلا علىٰ وَجْه السَّبْق.

قال: (ولو ادَّعىٰ اثنان كلٌّ واحدٍ منهما أنه اشترىٰ منه هذا العبدَ)، معناه: من صاحب اليد، (وأقاما البينةَ: فكلٌّ واحدٍ منهما بالخيار: إن شاء أَخَذَ نصفَ العبدِ بنصف الثمن، وإن شاء تَرَكَ).

لأن القاضيَ يَقضي به بينهما نصفَيْن؛ لاستوائهما في البيِّنتين[1]، فصارا كالفُضوليَّيْن إذا باع كلٌّ واحدٍ منهما من رَجُلٍ، وأجاز المالكُ البيعَيْن: يُخيَّر كلُّ واحدٍ منهما؛ لأنه تغيَّرَ عليه[2] شَرْطُ عَقْدِه، فلعلَّ رغبتَه في

---

(١) وفي نُسخ: في السبب.

(٢) أي علىٰ المشتري.

فإن قضىٰ القاضي بالعبد بينهما، فقال أحدُهما : لا أختارُ : لم يكن للآخَر أن يأخذَ جميعَه.

ولو ذَكَرَ كلٌّ واحدٍ منهما تاريخاً : فهو للأول منهما.

ولو وَقَّتَ أحدُهما، ولم يُؤقِّتِ الآخَرُ : فهو لصاحب الوقت.

تملُّك الكلِّ، فيَرُدُّه، ويأخذُ كلَّ الثمنِ لو أراد.

قال: (فإن قضىٰ القاضي بالعبد بينهما، فقال أحدُهما: لا أختارُ: لم يكن للآخَرَ[١] أن يأخذَ جميعَه)؛ لأنه صار مقضيّاً عليه في النصف، فانفسخ البيعُ فيه، وهذا لأنه خصمٌ فيه؛ لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينةُ صاحبه.

بخلاف ما لو قال ذلك قبلَ تخيير القاضي، حيث يكونُ له أن يأخذَ الجميعَ؛ لأنه يدعي الكلَّ، ولم يُفسَخْ سببُه بعدُ، والعَوْدُ إلىٰ النصف للمزاحمة، ولم توجد.

ونظيرُه: تسليمُ أحدِ الشفيعَيْن قبلَ القضاء، ونظيرُ الأول: تسليمُه بعد القضاء.

قال: (ولو ذَكَرَ كلٌّ واحدٍ منهما تاريخاً: فهو للأول منهما)؛ لأنه أثبَتَ الشراءَ في زمانٍ لا ينازِعُه فيه أحدٌ، فاندفَعَ الآخَرُ به.

قال: (ولو وَقَّتَ أحدُهما، ولم يُؤقِّتِ الآخَرُ[٢]: فهو لصاحب الوقت)؛ لثبوت مِلْكِه في ذلك الوقت، واحتمل الآخَرُ أن يكون قبلَه أو بعده، فلا يُقضَىٰ له بالشك.

---

(١) وفي نُسخ: لأحدهما. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

(٢) وفي نُسخ: ولو وُقِّتتْ إحداهما، ولم تُؤقَّتِ الأخرىٰ.

وإن لم يذْكَرَا تاريخاً، ومع أحدِهما قَبْضٌ: فهو أَوْلىٰ.

وإن ادَّعىٰ أحدُهما شراءً، والآخَرُ هبةً وقَبْضاً، وأقاما البيِّنةً، ولا تاريخَ معهما: فالشراءُ أَوْلىٰ.

(وإن لم يذْكَرَا تاريخاً، ومع أحدِهما قَبْضٌ: فهو أَوْلىٰ)، ومعناه: أنه في يده؛ لأنَّ تمكُّنَه من قَبْضِه: يدلُّ علىٰ سَبْق شرائه.

ولأنهما استويا في الإثبات، فلا تُنقَضُ اليدُ الثابتةُ بالشك.

وكذا لو ذَكَرَ الآخَرُ وقتاً؛ لِمَا بيَّنَّا، إلا أن يشهدوا أن شراءَه كان قبلَ شراءِ صاحبِ اليد؛ لأن الصريحَ يفوقُ الدلالةَ.

قال: (وإن ادَّعىٰ أحدُهما شراءً، والآخَرُ هبةً وقَبْضاً)، معناه: من واحدٍ، (وأقاما البيِّنةً، ولا تاريخَ معهما: فالشراءُ أَوْلىٰ)؛ لأن الشراءَ أقوىٰ؛ لكونه معاوَضةً من الجانبَيْن.

ولأنه يُثبِتُ الملكَ بنفسه، والملكُ في الهبة يتوقَّف علىٰ القبض.

وكذا الشراءُ والصدقةُ مع القبض؛ لِمَا بيَّنَّا.

والهبةُ والقبضُ، والصدقةُ مع القبض: سواءٌ، حتىٰ يُقضَىٰ بينهما؛ لاستوائهما في وجه التبرع، ولا ترجيحَ باللزوم؛ لأنه يَرجعُ إلىٰ المآل، والترجيحُ بمعنىً قائمٍ في الحال، وهذا فيما لا يَحتملُ القسمةَ صحيحٌ.

وكذا فيما يحتملُها عند البعض؛ لأن الشيوعَ طارئٌ.

وعند البعض: لا يصحُّ؛ لأنه تنفيذُ الهبةِ في الشائع، وصار كإقامة البيِّنتَيْن علىٰ الارتهان، وهذا أصحُّ.

وإذا ادَّعىٰ أحدٌ الشراءَ منه، وادَّعتْ امرأةٌ أنه تزوَّجها عليه: فهما سواءٌ.

وإن ادَّعىٰ أحدُهما رهناً وقَبْضاً، والآخَرُ هبةً وقَبْضاً، وأقاما البيِّنةَ: فالرهنُ أَوْلىٰ.

قال: (وإذا ادَّعىٰ[١] أحدٌ[٢] الشراءَ منه[٣]، وادَّعتْ امرأةٌ أنه تزوَّجها عليه[٤]: فهما سواءٌ[٥])؛ لاستوائهما في القوة، فإن كلَّ واحدٍ منهما[٦] عقدُ معاوضةٍ يُثبِتُ الملكَ بنفسه[٧]، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: الشراءُ أَوْلىٰ، ولها علىٰ الزوجِ القيمةُ؛ لأنه أمكن العملُ بالبيِّنتَيْن بتقديم الشراء، إذِ التزوُّجُ علىٰ عينٍ مملوكةٍ للغير صحيحٌ، وتجبُ قيمتُه[٨] عند تعذُّر تسليمِه.

قال: (وإن ادَّعىٰ أحدُهما رهناً وقَبْضاً، والآخَرُ هبةً وقَبْضاً، وأقاما البيِّنةَ: فالرهنُ أَوْلىٰ)، وهذا استحسانٌ.

وفي القياس: الهبةُ أَوْلىٰ؛ لأنها تُثبِتُ الملكَ، والرهنُ لا يُثبِتُه.

---

(١) أي ادعىٰ أحدهما شراء العبد، وأقام كلٌّ منهما البينة.

(٢) وفي نُسخ: أحدُهما، وفي نُسخ: رجلٌ.

(٣) لفظ: منه: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ، أي من ذي اليد، كما شرح لفظ: الشراء: سعدي في حاشيته علىٰ الهداية.

(٤) أي العبد. البناية ١٢/٢١٠.

(٥) فيُقضىٰ بالعبد بينهما نصفين.

(٦) أي كلٌّ من عقد الشراء والتزوج.

(٧) ولا يتوقف علىٰ القبض.

(٨) أي قيمة العبد.

وإن أقام الخارجان البيِّنةَ علىٰ الملكِ والتاريخ: فصاحبُ التاريخ الأقدمِ أَوْلىٰ.

ولو ادَّعيا الشراءَ من واحدٍ وأرَّخا، وأقاما البينةَ علىٰ التاريخَيْن: فالأولُ أَوْلىٰ.

وإن أقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ الشراءِ من آخَرَ، وذَكَرَا تاريخاً: فهما سواءٌ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أن المقبوضَ بحكم الرهن: مضمونٌ، وبحكم الهبة: غيرُ مضمونٍ، وعقدُ الضمانِ أقوىٰ[1].

بخلاف الهبةِ بشرطِ العوضِ؛ لأنه بيعٌ انتهاءً، والبيعُ أَوْلىٰ من الرهن؛ لأنه عقدُ ضمانٍ يُثبِتُ الملكَ صورةً ومعنىً، والرهنُ لا يُثبِتُه، إلا عند الهلاك معنىً، لا صورةً، فكذا الهبةُ بشرط العوض.

قال: (وإن أقام الخارجان البيِّنةَ علىٰ الملكِ والتاريخ: فصاحبُ التاريخ الأقدمِ أَوْلىٰ)؛ لأنه أثبتَ أنه أولُ المالكَيْن، فلا يُتلقَّىٰ الملكُ إلا من جهته، ولم يَتَلقَّ الآخَرُ منه الملكَ.

قال: (ولو ادَّعيا الشراءَ من واحدٍ)، معناه: من غير صاحبِ اليد، (وأرَّخا، وأقاما البينةَ علىٰ التاريخَيْن: فالأولُ أَوْلىٰ)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه أثبتَه في وقتٍ لا مُنازِعَ له فيه.

قال: (وإن أقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ الشراءِ من آخَرَ، وذَكَرَا تاريخاً: فهما سواءٌ)؛ لأنهما يُثبِتان الملكَ لبائعَيْهما، فيصيرُ كأنهما حَضَرَا،

---

(١) وفي نُسخ: أَوْلىٰ.

ولو وَقَّتَتْ إحدىٰ البيِّنَتَيْن وقتاً، ولم تُؤَقِّتِ الأخرىٰ: قُضِيَ بينهما نصفَيْن.

ولو ادَّعىٰ أحدُهم الشراءَ من رجلٍ، والآخَرُ الهبةَ والقبضَ من غيره، والثالثُ الميراثَ من أبيه، والرابعُ الصدقةَ والقبضَ من آخَر، وأقاموا البينةَ: قُضِيَ بينهم أرباعاً.

وإن أقام الخارجُ البينةَ علىٰ مِلْكٍ مؤرَّخٍ، وصاحبُ اليدِ بينةً علىٰ مِلْكٍ أقدمَ تاريخاً: كان أَوْلىٰ.

ثم يُخيَّرُ كلُّ واحدٍ منهما، كما ذكرنا من قبل.

قال: (ولو وَقَّتَتْ إحدىٰ البيِّنَتَيْن وقتاً، ولم تُؤَقِّتِ الأخرىٰ: قُضِيَ بينهما نصفَيْن)؛ لأن توقيتَ إحداهما لا يدلُّ علىٰ تقدُّم الملكِ؛ لجواز أن يكون الآخَرُ أقدمَ.

بخلاف ما إذا كان البائعُ واحداً؛ لأنهما اتَّفقا علىٰ أنَّ الملكَ لا يُتلقَّىٰ إلا من جهته، فإذا أثبتَ أحدُهما تاريخاً: يُحكَمْ به، حتىٰ يُتَبيَّنَ أنه تقدَّمه شراءُ غيرِه.

قال: (ولو ادَّعىٰ أحدُهم الشراءَ من رجلٍ، والآخَرُ الهبةَ والقبضَ من غيره، والثالثُ الميراثَ من أبيه، والرابعُ الصدقةَ والقبضَ من آخَر، وأقاموا البينةَ: قُضِيَ بينهم أرباعاً)؛ لأنهم يَتلَقَّوْن الملكَ من باعَتِهم، فيُجعلُ كأنهم حَضَروا، وأقاموا البينةَ علىٰ المِلكِ المطلَق.

قال: (وإن أقام الخارجُ البينةَ علىٰ مِلْكٍ مؤرَّخٍ، وصاحبُ اليدِ بينةً علىٰ مِلْكٍ أقدمَ تاريخاً: كان أَوْلىٰ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وهو روايةٌ عن محمدٍ رحمه الله.

. . . .

وعنه[١]: أنه لا تُقبلُ بينةُ ذي اليدِ، رَجَعَ[٢] إليه؛ لأن البيِّنتَيْن قامتا علىٰ مطلَقِ الملك، ولم يتعرَّضا لجهة الملك، فكان التقدمُ والتأخُّر سواءً.

ولهما: أن البيِّنةَ مع التاريخِ متضمِّنةٌ معنىٰ الدفع، فإن الملكَ إذا ثبت لشخص في وقتٍ: فثبوتُه لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقِّي من جهته، وبينةُ ذي اليد علىٰ الدفع مقبولةٌ.

وعلىٰ هذا الخلاف: لو كانتِ الدارُ في أيديهما، والمعنىٰ ما بيَّنَّاه.

ولو أقام الخارجُ وذو اليدِ البينةَ علىٰ ملكٍ مطلَقٍ، ووَقَّتَتْ إحداهما دون الأخرىٰ: فعلىٰ قولِ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله بيِّنةُ الخارجُ أَوْلىٰ.

وقال أبو يوسف رحمه الله وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله: صاحبُ الوقت أَولىٰ؛ لأنه أقدمُ تاريخاً، وصار كما في دعوىٰ الشراءِ إذا أُرِّخَتْ إحداهما: كان صاحبُ التاريخِ أَوْلىٰ.

ولهما: أن بينةَ ذي اليدِ إنما تُقبلُ: لتضمُّنها معنىٰ الدفع، ولا دَفْعَ ها هنا، حيث وقع الشكُّ في التلقِّي من جهته.

وعلىٰ هذا: إذا كانتِ الدارُ في أيديهما ولو كانت في يدِ ثالثٍ، والمسألةُ بحالها: فهما سواءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي عن محمد رحمه الله. البناية ١٢/٢١٥.

(٢) أي رجع محمد رحمه الله إلىٰ أنه لا تُقبل بينة ذي اليد ثانياً من الأول. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

وإن أقام الخارجُ وصاحبُ اليدِ كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً بالنِّتاج: فصاحبُ اليد أَوْلىٰ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: الذي وَقَّتَ أَوْلىٰ.

وقال محمدٌ رحمه الله: الذي أطلَقَ أَوْلىٰ؛ لأنه ادَّعىٰ[١] أوَّليَّةَ الملك، بدليل استحقاقِ الزوائد، ورجوعِ الباعةِ بعضِهم علىٰ البعض.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن التاريخَ يوجِبُ الملكَ في ذلك الوقت بيقينٍ، والإطلاقُ يَحتملُ غيرَ الأولية، والترجيحُ بالتيقُّن؛ كما لو ادَّعيا الشراءَ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التاريخَ يُضامُّه[٢] احتمالُ عدمِ التقدُّمِ، فسقط اعتبارُه، فصار كما لو أقاما البينةَ علىٰ ملكٍ مطلَقٍ.

بخلاف الشراء؛ لأنه أمرٌ حادِثٌ، فيُضافُ إلىٰ أقرب الأوقات، فيترجَّحُ جانبُ صاحبِ التاريخ.

قال: (وإن أقام الخارجُ وصاحبُ اليدِ كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً بالنِّتاج: فصاحبُ اليد أَوْلىٰ)؛ لأن البينةَ قامت علىٰ ما لا تدلُّ عليه اليدُ، فاستوتا، وترجَّحت بينةُ ذي اليدِ باليد، فيُقضىٰ له، وهذا هو الصحيحُ.

خلافاً لِمَا يقولُه عيسىٰ بن أَبان[٣] رحمه الله: إنه تتهاتَرُ البيِّنتان، ويُتركُ في يده، لا علىٰ طريق القضاء.

---

(١) وفي نُسخ: لأنه دعوىٰ أولية الملك.

(٢) أي يُزاحِمُه.

(٣) الإمام القاضي، من كبار فقهاء الحنفية، تلميذ محمد بن الحسن، ت٢٢١هـ.

ولو أقام أحدُهما البينةَ علىٰ الملكِ المطلَق، والآخَرُ علىٰ النِّتاج: فصاحبُ النِّتاجِ أَوْلىٰ، أيُّهما كان.

ولو قُضيَ بالنِّتاج لصاحب اليد، ثم أقام ثالثٌ البيِّنةَ علىٰ النِّتاج: يُقضَىٰ له، إلا أنْ يُعيدَها ذو اليد.

وكذا المَقْضيُّ عليه بالملك المطلَق، إذا أقام البيِّنةَ علىٰ النِّتاج: تُقبلُ بينتُه، ويُنقَضُ القضاءُ.

ولو تلقَّىٰ كلٌّ واحدٍ منهما الملكَ من رجلٍ، وأقام البينةَ علىٰ النِّتاج عنده: فهو بمنزلة إقامتِها علىٰ النِّتاج في يدِ نفسِه؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (ولو أقام أحدُهما البينةَ علىٰ الملكِ المطلَق، والآخَرُ علىٰ النِّتاج: فصاحبُ النِّتاجِ أولىٰ، أيُّهما كان)؛ لأنَّ بيِّنتَه قامت علىٰ أوَّليَّة الملك، فلا يَثبتُ الملكَ للآخَرِ إلا بالتلقِّي من جهته.

وكذا إذا كانتِ الدعوىٰ بين خارِجَيْن: فبيِّنةُ النِّتاجِ أَوْلىٰ؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (ولو قُضيَ بالنِّتاج لصاحب اليد، ثم أقام ثالثٌ البيِّنةَ علىٰ النِّتاج: يُقضَىٰ له، إلا أنْ يُعيدَها ذو اليد)؛ لأن الثالثَ لم يَصِرْ مقضيّاً عليه بتلك القضية.

قال: (وكذا المَقْضيُّ عليه بالملك المطلَق، إذا أقام البيِّنةَ علىٰ النِّتاج: تُقبلُ بينتُه، ويُنقَضُ القضاءُ)؛ لأنه بمنزلة النصِّ، والأول[1] بمنزلة الاجتهاد.

---

(١) أي القضاء الأول. البناية ١٢/٢١٩.

وكذلك النَّسْجُ في الثيابِ التي لا تُنسَجُ إلا مرةً واحدةً.

وكذلك كلُّ سببٍ في الملك لا يتكرَّر.

ولو[١] تلقىٰ كلُّ واحدٍ منهما الملكَ من رجلٍ، وأقام البينةَ علىٰ النتاج عنده: فهو بمنزلة إقامتِها علىٰ النتاج في يدِ نفسه؛ لما ذكرنا.

قال: (وكذلك النَّسْجُ في الثيابِ التي لا تُنسَجُ إلا مرةً واحدةً)، كغَزْل القطن.

قال: (وكذلك كلُّ سببٍ في الملك لا يتكرَّر)؛ لأنه في معنىٰ النِّتاج، كحَلْب اللَّبَن، واتخاذِ الجُبْنِ، واللِّبْد[٢]، والمِرْعِزَّىٰ[٣]، وجَزِّ الصوف.

وإن كان يتكرَّر: قُضِيَ به للخارج، بمنزلة الملكِ المطلَق، وهو مثلُ الخَزِّ، والبناءِ، والغَرْسِ، وزراعةِ الحنطة والحبوب.

فإن أشكل: يُرجَعُ إلىٰ أهل الخبرة؛ لأنهم أعرفُ به.

فإن أشكل عليهم: قُضيَ به للخارج؛ لأن القضاءَ ببيِّنتِه هو الأصل، والعدولُ عنه بخَبَر النِّتاج[٤]، فإذا لم يُعلَم: يُرجَعُ إلىٰ الأصل.

---

(١) هذه المسألة إلىٰ قوله: في يد نفسه: مثبتةٌ في نسخة ٨٦٠هـ، و١٠٣٨هـ.

(٢) اللِّبْد: ما يَتلبَّدُ من شعر أو صوف. المصباح المنير (لبد).

(٣) بكسر الميم والعين، فإذا شدَّدتَ الزاي: قصرتَ، وإذا خفَّفْتَ: مددتَ ـ مِرْعِزَاء ـ، وهي كالصوف تحت شعر العنز. البناية ١٢/ ٢٢٠.

(٤) وهو ما رواه جابر رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم في ناقة، فقال كل واحد منهما نُتِجَت ـ أي وَلَدَتْ ـ هذه الناقة عندي، وأقام بينةً، فقضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم للذي هي في يده، أخرجه الشافعي في

وإن أقام الخارجُ البينةَ علىٰ الملك المطلَقِ، وصاحبُ اليدِ البينةَ علىٰ الشراءِ منه : كان صاحبُ اليدِ أَوْلىٰ.

وإن أقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ الشراءِ من الآخَرِ، ولا تاريخَ معهما : تهاتَرَتِ البيِّنتان، وتُتْرَكُ الدارُ في يدِ ذي اليد.

قال: (وإن أقام الخارجُ البينةَ علىٰ الملك المطلَقِ، وصاحبُ اليدِ البينةَ علىٰ الشراءِ منه: كان صاحبُ اليدِ أَوْلىٰ)؛ لأن الأولَ إن كان يدَّعي أوَّليَّةَ الملك: فهذا تلقَّىٰ منه، وفي هذا: لا تنافيَ، فصار كما إذا أقرَّ بالملك له، ثم ادعىٰ الشراءَ منه.

قال: (وإن أقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ علىٰ الشراءِ من الآخَرِ، ولا تاريخَ معهما: تهاتَرَتِ البيِّنتان، وتُتْرَكُ الدارُ في يدِ ذي اليد).

قال المصنِّف رحمه الله[1]: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

مسنده (٦٣٧)، وقال الشافعي: هذه روايةٌ صالحةٌ ليست بالقوية ولا الساقطة، ولم نجد أحداً من أهل العلم يخالفه في القول بهذا، مع أنها قد رُويت من غير هذا الوجه وإن لم تكن قويةً. اهـ

قلت: هذا الوجه أخرجه الدارقطني في سننه (٤٤٧٧) من طريق محمد بن الحسن عن الإمام أبي حنيفة مرفوعاً، وذكر هذه الرواية العيني في البناية ١٢/٢٢١، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/٤٩٩ : إسناده ضعيف.

والغريب أن ابن نجيم في البحر الرائق ٧/٢٤٣ قال: هذا حديث صحيحٌ مشهورٌ، هكذا؟ ونقل كلامَه ابنُ عابدين في رد المحتار ٥/٥٤٩.

وأنبه هنا إلىٰ أن الزيلعي لم يخرِّجه في نصب الراية، ولا ابن حجر في الدراية.

(١) وفي نُسخ: قال رضي الله عنه، وفي أخرىٰ: قال العبد الضعيف.

. . . .

وقال محمد[١] رحمه الله: يُقضىٰ بالبيِّنتَيْن، وتكونُ[٢] للخارج؛ لأن العملَ بهما ممكنٌ، فيُجعَلُ كأنه اشترىٰ ذو اليد من الآخَرِ، وقَبَضَ، ثم باع الدارَ[٣]، ولم يَقبِض، لأن القبضَ دلالةُ السَّبْق، علىٰ ما مرَّ.

ولا يُعكَسُ الأمرُ؛ لأن البيعَ قبلَ القبضِ لا يجوز وإن كان في العقار عنده.

ولهما: أن الإقدامَ علىٰ الشراء: إقرارٌ منه بالملك للبائع، فصار كأنهما[٤] قامتا علىٰ الإقرارَيْن، وفيه التهاتُرُ، بالإجماع، فكذا ها هنا.

ولأن السببَ يُرادُ لحُكْمه، وهو الملكُ، ولا يُمكنُ القضاءُ لذي اليدِ إلا بملكٍ مستَحَقٍّ، فبقيَ القضاءُ له بمجرد السبب، وأنه لا يُفيدُه.

ثم لو شهدتِ البيِّنتان علىٰ نَقْدِ الثمن: فالألفُ بالألفِ قصاصٌ عندهما إذا استويا؛ لوجود قَبْضٍ مضمونٍ من كلِّ جانب.

وإن لم يشهدوا علىٰ نَقْدِ الثمن: فالقصاصُ مذهبُ محمدٍ رحمه الله؛ للوجوب عنده.

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبضِ: تهاترتا، بالإجماع؛ لأنَّ الجمعَ غيرُ

---

(١) وفي نُسخ: وعلىٰ قول محمد رحمه الله.

(٢) أي الدار، وفي نُسخ: يكون.

(٣) أي من الخارج، ولفظ: الدار: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) وفي نُسخ: كما إذا قامتا.

وإن أقام أحدُ المدَّعِيَيْن شاهدَيْن، والآخَرُ أربعةً : فهما سواءٌ .

ممكنٍ عند محمدٍ رحمه الله؛ لجواز سَبْقِ[(١)] كلٍّ واحدٍ من البيعَيْن، بخلاف الأول.

وإن وُقِّتَتِ البينتان في العقار، ولم تُثْبِتا[(٢)] قَبْضاً، ووَقْتُ الخارجِ أسبقُ: يُقضىٰ لصاحب اليد عندهما، فيُجعَلُ كأنَّ الخارجَ اشترىٰ أوَّلاً، ثم باع قبلَ القبضِ من صاحبِ اليد، وهو جائزٌ في العقار عندهما.

وعند محمدٍ رحمه الله: يُقضىٰ للخارج منهما؛ لأنه لا يصحُّ بيعُه قبلَ القبض عنده، فبقِيَ علىٰ مِلْكه.

وإن أثبتتا[(٣)] قَبْضاً: يُقضىٰ لصاحب اليد؛ لأن البَيْعَيْن جائزان علىٰ القولين.

وإن كان وَقْتُ صاحبِ اليدِ أسبقَ: يُقضىٰ للخارج في الوجهَيْن، فيُجعلُ كأنه اشتراه[(٤)] ذو اليد[(٥)]، وقَبَضَ، ثم باع، ولم يسلِّم أو سلَّم، ثم وَصَلَ إليه بسببٍ آخَر.

قال: (وإن أقام أحدُ المدَّعِيَيْن شاهدَيْن، والآخَرُ أربعةً: فهما سواءٌ).

---

(١) هكذا كما أثبتُّ في نُسخ، وفي نسخة ٧٩٨هـ: تقدُّم.

(٢) وفي نُسخ: تُبيِّنا.

(٣) وفي نُسخ: بيَّنَا.

(٤) وفي نُسخ: اشتراها.

(٥) أي من الخارج.

وإذا كانت دارٌ في يدِ رجلٍ ادَّعاها اثنان، أحدُهما جميعَها، والآخَرُ نصفَها، وأقاما البينةَ : فلصاحب الجميعِ ثلاثةُ أرباعها، ولصاحب النصفِ رُبُعُها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : هي بينهما أثلاثاً.

لأن شهادةَ كلِّ شاهدين عِلةٌ[1] تامةٌ، كما في حالة الانفراد، والترجيحُ لا يقعُ بكثرة العِلَل، بل بقوةٍ فيها، على ما عُرِف[2].

قال: (وإذا كانت دارٌ في يدِ رجلٍ ادَّعاها اثنان، أحدُهما جميعَها، والآخَرُ نصفَها، وأقاما البينةَ: فلصاحبِ الجميعِ ثلاثةُ أرباعها، ولصاحب النصفِ رُبُعُها عند أبي حنيفة رحمه الله).

اعتباراً لطريق[3] المنازعة، فإنَّ صاحبَ النصفِ لا يُنازِعُ الآخَرَ في النصف، فسَلِمَ له بلا منازِعٍ[4]، واستوتْ منازعتُهما في النصفِ الآخَر، فيتَنَصَّفُ بينهما.

(وقالا: هي بينهما أثلاثاً)، فاعتبرا طريقَ العَوْل والمضاربة، فصاحبُ الجميع: يَضرِبُ بكلِّ حَقِّه سهمَيْن، وصاحبُ النصف: يضربُ بسهمٍ واحدٍ، فيَقسِمُ بينهما أثلاثاً.

ولهذه المسألةُ نظائرُ وأضدادٌ، لا يَحتمِلُها هذا المختصر[5]، وقد

---

(١) وفي نُسخ: حجةٌ.

(٢) أي في أصول الفقه.

(٣) وفي نُسخ: بطريق.

(٤) قوله: بلا منازع: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٥) أي هذا الكتاب، وهو الهداية. البناية ١٢/٢٢٦.

ولو كانت في أيديهما: سَلِمَ لصاحب الجميع نصفُها، علىٰ وجه القضاء، ونصفُها، لا علىٰ وجه القضاء.

وإذا تنازعا في دابَّةٍ، وأقام كلٌّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنها نُتِجَتْ عنده، وذَكَرَا تاريخاً، وسِنُّ الدابةِ يوافِقُ أحدَ التاريخَيْن: فهو أَوْلىٰ.

وإن أشكل ذلك: كانت بينهما.

ذكرناها في «الزيادات[1]».

قال: (ولو كانت في أيديهما: سَلِمَ[2] لصاحب الجميع نصفُها، علىٰ وجه القضاء، ونصفُها، لا علىٰ وجه القضاء).

لأنه خارجٌ في النصف، فيُقضىٰ ببيِّنته، والنصفُ الذي في يده: لا يدِّعيه صاحبُه؛ لأن مدَّعاه النصفُ، وهو في يده سالمٌ له.

ولو لم تَنصرفْ إليه دعواه: كان ظالماً بإمساكه، ولا قضاءَ بدون الدعوىٰ، فيُتركُ في يده.

قال: (وإذا تنازعا في دابَّةٍ، وأقام كلٌّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنها نُتِجَتْ عنده، وذَكَرَا تاريخاً، وسِنُّ الدابةِ يوافِقُ أحدَ التاريخَيْن: فهو أَوْلىٰ)؛ لأن الحالَ يَشهَدُ له، فيترجَّح.

(وإن أشكل ذلك: كانت بينهما)؛ لأنه سَقَطَ التوقيتُ، فصار كأنهما لم يَذكرا تاريخاً.

وإن خالف سِنُّ الدابة الوقتَيْن: بطلت البيِّنتان.

---

(١) كتابٌ للمؤلف المرغيناني. ينظر البناية ١٢/٢٢٦، وتقدم ذكره مرات.

(٢) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: وسُلِّمَ.

وإذا كان العبدُ في يدِ رجلٍ، وأقام رجلان عليه البيِّنةَ: أحدُهما بغصبٍ، والآخَرُ بوديعةٍ: فهو بينهما.

كذا ذَكَرَه الحاكمُ الشهيدُ[1] رحمه الله؛ لأنه ظَهَرَ كذبُ الفريقَيْن، فتُتْرَكُ[2] في يد مَن كانت في يده.

قال: (وإذا كان العبدُ في يدِ رجلٍ، وأقام رجلان عليه البيِّنةَ: أحدُهما بغصبٍ، والآخَرُ بوديعةٍ: فهو بينهما)؛ لاستوائهما في سببِ الاستحقاقِ وإن كان كلٌّ واحدٍ منهما يدعي الوصولَ إليه من جهته، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) محمد بن محمد، الإمام، صاحب مختصر الكافي، والمنتقىٰ، ت٣٣٤هـ.

(٢) أي الدابة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

فصلٌ

في التنازع بالأيدي

وإذا تنازعا في دابَّةٍ، أحدُهما راكبُها، والآخَرُ متعلِّقٌ بلِجَامِها: فالراكبُ أَوْلىٰ.

وكذلك إذا كان أحدُهما راكباً في السَّرْج، والآخَرُ رَدِيفَه: فالراكبُ في السَّرْج أَوْلىٰ.

وكذا إذا تنازعا في بعيرٍ، وعليه حِمْلٌ لأحدِهما، وللآخَرِ كُوْزٌ معلَّقٌ: فصاحبُ الحِمْلِ أَوْلىٰ.

فصلٌ

في التنازع بالأيدي

قال: (وإذا تنازعا في دابَّةٍ، أحدُهما راكبُها، والآخَرُ متعلِّقٌ بلِجَامِها: فالراكبُ أَوْلىٰ)؛ لأن تصرُّفَه أظهرُ، فإنه[1] يَختصُّ بالملك.

قال: (وكذلك إذا كان أحدُهما راكباً في السَّرْج، والآخَرُ رَدِيفَه: فالراكبُ في السَّرْج أوْلىٰ).

بخلاف ما إذا كانا راكبَيْن: حيث تكونُ بينهما؛ لاستوائهما في التصرف.

قال: (وكذا إذا تنازعا في بعيرٍ، وعليه حِمْلٌ لأحدِهما، وللآخَرِ كُوْزٌ معلَّقٌ: فصاحبُ الحِمْلِ أوْلىٰ)؛ لأنه هو المتصرِّفُ.

---

(١) أي الركوب.

وإذا تنازعا في قميصٍ أحدُهما لابِسُه، والآخَرُ متعلِّقٌ بكُمِّه : فاللاَّبسُ أَوْلىٰ.

ولو تنازعا في بِساطٍ أحدُهما جالسٌ عليه، والآخَرُ متعلِّقٌ به : فهو بينهما.

وإذا كان ثوبٌ في يدِ رجلٍ، وطَرَفٌ منه في يدِ آخَرَ : فهو بينهما نصفان.

وإذا كان الصبيُّ في يدِ رجلٍ، وهو يُعبِّرُ عن نفسِه، فقال : أنا حُرٌّ : فالقولُ قولُه.

ولو قال : أنا عبدٌ لفلانٍ : فهو عبدٌ للذي هو في يده.

قال: (وإذا تنازعا في قميصٍ أحدُهما لابِسُه، والآخَرُ متعلِّقٌ بكُمِّه: فاللاَّبسُ أَوْلىٰ)؛ لأنه أظهرُهما تصرُّفاً.

قال: (ولو تنازعا في بِساطٍ أحدُهما جالسٌ عليه، والآخَرُ متعلِّقٌ به: فهو بينهما)، معناه: لا علىٰ طريقِ القضاء؛ لأن القعودَ ليس بيدٍ عليه، فاستويا.

قال: (وإذا كان ثوبٌ في يدِ رجلٍ، وطَرَفٌ منه في يدِ آخَرَ: فهو بينهما نصفان)؛ لأن الزيادةَ من جنس الحُجَّة، فلا توجِبُ زيادةً في الاستحقاق.

قال: (وإذا كان الصبيُّ في يدِ رجلٍ، وهو يُعبِّرُ عن نفسِه، فقال: أنا حُرٌّ: فالقولُ قولُه)؛ لأنه في يدِ نفسِه.

قال: (ولو قال: أنا عبدٌ لفلانٍ: فهو عبدٌ للذي هو في يده)؛ لأنه أقرَّ بأنه لا يدَ له علىٰ نفسِه، حيثُ أقرَّ بالرِّقِّ.

وإن كان لا يُعبِّرُ عن نفسِه: فهو عبدٌ للذي هو في يده.

وإذا كان الحائطُ لرجلٍ عليه جُذُوعٌ، أو هو متَّصلٌ ببنائه، ولآخَرَ عليه هَرَادِيٌّ: فهو لصاحب الجذوع والاتصالِ، والهَرَادِيُّ ليست بشيءٍ.

(وإن كان لا يُعبِّرُ عن نفسِه: فهو عبدٌ للذي هو في يده)؛ لأنه لا يدَ له علىٰ نفسه لَمَّا كان لا يُعبِّر عنها، وهو بمنزلة مَتاعٍ، بخلاف ما إذا كان يعبِّرُ عن نفسه.

فلو كَبِرَ، وادَّعىٰ الحريةَ: لا يكونُ القولُ قولَه؛ لأنه ظَهَرَ الرِّقُّ عليه في حالِ صِغَرِه.

قال: (وإذا كان الحائطُ لرجلٍ عليه جُذُوعٌ، أو هو[1] متَّصلٌ ببنائه، ولآخَرَ عليه هَرَادِيٌّ[2]: فهو لصاحب الجذوع والاتصالِ، والهَرَادِيُّ ليست[3] بشيءٍ).

لأن صاحبَ الجذوعِ صاحبُ استعمالٍ، والآخَرَ صاحبُ تعلُّقٍ، فصار كدابَّةٍ تنازعا فيها، ولأحدِهما حِمْلٌ عليها، وللآخَر كوزٌ معلَّقٌ بها.

والمرادُ بالاتصال: مداخلةُ لَبِنِ جدارِه فيه، ولَبِنِ هذا في جداره، وقد يُسمىٰ اتصالَ تَرْبيعٍ، وهذا شاهِدٌ ظاهرٌ لصاحبه؛ لأن بعضَ بنائه علىٰ بعضِ بناءِ هذا الحائط.

وقولُه[4]: الهَرادِيُّ ليست بشيءٍ: يدلُّ علىٰ أنه لا اعتبارَ للهَرَاديِّ أصلاً.

---

(١) أي الحائط.

(٢) جمع: هردية، قصباتٌ تُضمُّ، ملويةٌ بطاقاتٍ من الكَرم، تُرسل عليها قضبانُ الكَرم، ويقال: حرادي: بالحاء. البناية ١٢/٢٣٢.

(٣) وفي نُسخ: ليس.

(٤) أي قول محمد رحمه الله. البناية ١٢/٢٣٤.

ولو كان لكلٍّ واحدٍ منهما عليه جُذُوعٌ ثلاثةٌ : فهو بينهما .

وإن كان جذوعُ أحدِهما أقلَّ من ثلاثةٍ : فهو لصاحب الثلاثة، وللآخَر موضعُ جِذْعِه.

وكذا البواريُّ[١] : لأن الحائطَ لا تُبنىٰ لها أصلاً.

حتىٰ لو تنازَعَا في حائطٍ، ولأحدهما عليه هَرَادِيُّ، وليس للآخَر عليه شيءٌ: فهو بينهما.

قال: (ولو كان لكلٍّ واحدٍ منهما عليه جُذُوعٌ ثلاثةٌ: فهو بينهما)؛ لاستوائهما، ولا معتبرَ بالأكثر منها بعد الثلاثة.

(وإن كان جذوعُ أحدِهما أقلَّ من ثلاثةٍ: فهو لصاحب الثلاثة، وللآخَر موضعُ جِذْعِه)، في روايةٍ[٢]، وفي روايةٍ: لكلٍّ واحدٍ منهما ما تحتَ خَشَبَتِه.

ثم قيل: ما بين الخُشُبِ إلىٰ الخُشُب: بينهما.

وقيل: علىٰ قَدْر خَشَبَيْهما[٣].

والقياسُ: أن يكون بينهما نصفَيْن؛ لأنه لا معتبرَ بالكثرة في نفس الحُجَّة.

ووَجْهُ الثاني[٤]: أن الاستعمالَ من كلٍّ واحدٍ بقَدْر خشبته.

ووجهُ الأول: أن الحائطَ يُبنىٰ لوضع كثيرِ الجذوع، دونَ الواحد

---

(١) جمع: باريَّة: وهي التي تُعمل من القصب، وهي الحُصُر.

(٢) أي رواية كتاب الإقرار من الأصل لمحمد رحمه الله، والرواية الثانية في كتاب الدعوىٰ من الأصل.

(٣) وفي نُسخ: خَشَبَتِهما.

(٤) وهو رواية كتاب الدعوىٰ، وأما الأول فهو رواية كتاب الإقرار، وهو الاستحسان.

ولو كان لأحدِهما جُذوعٌ، وللآخَر اتصالٌ: فالأوَّلُ أَوْلىٰ.

وإذا كانت دارٌ منها في يدِ رجلٍ عشرةُ أبياتٍ، وفي يدِ آخَرَ بيتٌ: فالساحةُ بينهما نصفان.

والمَثْنىٰ، فكان الظاهرُ شاهداً لصاحب الكثير، إلا أنه يبقىٰ له حقُّ الوضع؛ لأن الظاهرَ ليس بحُجَّةٍ في استحقاقِ يده.

قال: (ولو كان لأحدِهما جُذوعٌ، وللآخَر اتصالٌ: فالأوَّلُ أَوْلىٰ).

ويُروىٰ: أن الثاني[1] أَوْلىٰ[2].

وَجْهُ الأول: أن لصاحب الجذوعِ التصرُّفَ، ولصاحبِ الاتصال اليدَ، والتصرُّفُ أقوىٰ[3] من اليد.

ووجه الثاني[4]: أن الحائطَيْن بالاتصال يصيران كبناءٍ واحدٍ، ومن ضرورةِ القضاءِ له ببعضه: القضاءُ بكلِّه، ثم يَبقىٰ للآخَر حقُّ وَضْع جذوعه؛ لِمَا قلنا.

وهذه روايةُ الطحاوي رحمه الله، وصحَّحها الجُرْجَانيُّ[5] رحمه الله.

قال: (وإذا كانت دارٌ منها في يدِ رجلٍ عشرةُ أبياتٍ، وفي يدِ آخَرَ بيتٌ: فالساحةُ بينهما نصفان)؛ لاستوائهما في استعمالها، وهو المرورُ فيها.

---

(١) وهو صاحب الاتصال. البناية ١٢/٢٣٥.

(٢) وبه قال شيخ الإسلام والطحاوي. البناية ١٢/٢٣٥.

(٣) وفي نُسخ: أَوْلىٰ.

(٤) وهو القول بأولية الاتصال.

(٥) أبو عبد الله الجرجاني، يوسف بن علي بن محمد، صاحب خزانة الأكمل في الفقه، في ست مجلدات، تفقه علىٰ الكرخي، ينظر الفوائد البهية ٢٣١.

وإذا ادعىٰ الرجلان أرضاً، يعني يدعي كلٌّ واحدٍ منهما أنها في يده: لم يُقْضَ أنها في يدِ واحدٍ منهما حتىٰ يُقيما البينةَ أنها في أيديهما.

وإن أقام أحدُهما البينةَ: جُعِلَتْ في يدِه.

وإن أقاما البينةَ: جُعلتْ في أيديهما.

وإن كان أحدُهما قد لَبَّنَ في الأرض، أو بنىٰ، أو حَفَرَ: فهيَ في يده.

قال: (وإذا ادعىٰ الرجلان أرضاً، يعني يدعي كلٌّ واحدٍ منهما أنها في يده: لم يُقْضَ أنها في يدِ واحدٍ منهما حتىٰ يُقيما البينةَ أنها في أيديهما).

لأن اليدَ فيها غيرُ مشاهَدَةٍ؛ لتعذُّر إحضارِها، ولعلها لغيرهما، فلا تُستَحقُّ لأحدهما من غير حجةٍ، وما غاب عن علم القاضي: فالبينةُ تُثبِتُه.

(وإن أقام أحدُهما البينةَ: جُعِلَتْ في يدِه)؛ لقيام الحجةِ؛ وهذا لأن اليدَ حقٌّ مقصودٌ، ولعلها لغيرهما، فلا تُستحقُّ لأحدهما من غير حجة.

(وإن أقاما البينةَ: جُعلتْ في أيديهما)؛ لِمَا بيَّنَّا[1]، فلا تُستحقُّ لأحدهما من غير حجة.

قال: (وإن كان أحدُهما قد لَبَّنَ في الأرض، أو بنىٰ، أو حَفَرَ: فهيَ في يده)؛ لوجودِ التصرُّفِ والاستعمالِ فيها، والله تعالىٰ أعلم

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: لما قلنا، وأُنبِّه إلىٰ أن النسخ في هذا الموضع مختلفةٌ في تكرار التعليل.

باب
دعوىٰ النَّسَب

وإذا باع جاريةً، فجاءَتْ بولدٍ، فادَّعاه البائع : فإن جاءتْ به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يومٍ باع : فهو ابنٌ للبائع، وأُمُّه أُمُّ ولدٍ له، فيُفسَخُ البيعُ، ويَرُدُّ الثمنَ.

باب
دعوىٰ النَّسَب

قال: (وإذا باع جاريةً، فجاءَتْ بولدٍ، فادَّعاه البائع: فإن جاءتْ به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يومٍ باع: فهو ابنٌ للبائع، وأُمُّه أُمُّ ولدٍ له، فيُفسَخُ البيعُ، ويَرُدُّ الثمنُ).

وفي القياس، وهو قولُ زفر والشافعيِّ[1] رحمهما الله: دِعوتُه باطلةٌ؛ لأن البيعَ اعترافٌ منه بأنه عبدٌ، فكان في دعواه مناقضاً، ولا نسبَ بدون الدعوىٰ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أن اتصالَ العُلُوقِ بمِلكِه شهادةٌ ظاهرةٌ علىٰ كونه منه؛ لأنَّ الظاهرَ عدمُ الزنا، ومبنىٰ النسبِ علىٰ الخَفَاء، فيُعفَىٰ فيه التناقضُ.

وإذا صَحَّتِ الدِّعوةُ: استندتْ إلىٰ وقتِ العُلُوق، فتبيَّنَ أنه باع أمَّ ولده،

---

(١) فيها قولان. نهاية المطلب ٦/٣٣١.

وإن ادعاه المشتري مع دِعوةِ البائع، أو بعدَها: فدِعوة البائع أَوْلىٰ.

وإن جاءتْ به لأكثرَ من سنتَيْن من وقت البيع: لم تصحَّ دِعوةُ البائع، إلا إذا صدَّقَه المشتري.

فيُفسَخُ البيعُ؛ لأن بيعَ أُمِّ الولدِ لا يجوزُ، ويَرُدُّ[1] الثمنَ؛ لأنه قَبَضَه بغير حَقٍّ.

قال: (وإن ادعاه المشتري مع دِعوةِ البائع، أو بعدَها: فدِعوة البائع أَوْلىٰ).

لأنها أسبقُ؛ لاستنادِها إلىٰ وقتِ العُلُوق، وهذه دِعوةُ استيلادٍ.

قال: (وإن جاءتْ به لأكثرَ من سنتَيْن من وقت البيع: لم تصحَّ دِعوةُ البائع)؛ لأنه لم يوجد اتصالُ العُلُوقِ بمِلكِه تيقُّناً، وهو الشاهدُ والحجة.

(إلا إذا صدَّقَه المشتري)، فيَثبتُ النسبُ، ويُحملُ علىٰ الاستيلاد بالنكاح.

ولا يَبطلُ البيعُ؛ لأنَّا تيقَّنَّا أن العُلوقَ لم يكن في ملكِه، فلا تَثبتُ حقيقةُ العتق[2]، ولا حَقُّه[3]، وهذه دِعوةُ تحريرٍ، وغيرُ المالك[4] ليس من أهله[5].

---

(١) أي البائع.

(٢) أي عِتْق الولد.

(٣) أي عِتْق أمه.

(٤) أي البائع.

وإن جاءَتْ به لأكثرَ من ستة أشهر : لم تُقبَلْ دِعوةُ البائع فيه، إلا أن يُصدِّقَه المشتري.

فإن مات الولدُ، فادَّعاه البائعُ، وقد جاءَتْ به لأقلَّ من ستة أشهر : لم يثبتِ الاستيلادُ في الأُمِّ.

وإن ماتتِ الأمُّ، فادَّعاه البائعُ، وقد جاءَتْ به لأقلَّ من ستة أشهرٍ : يثبتُ النسبُ في الولد، وأَخَذَه البائعُ.

قال: (وإن جاءَتْ به لأكثرَ من ستة أشهر) من وقت البيع، ولأقلَّ من سنتين: (لم تُقبَلْ دِعوةُ البائع فيه، إلا أن يُصدِّقَه المشتري)؛ لأنه احتمل أنْ لا يكون العلوقُ في مِلْكِه، فلم توجدِ الحُجَّةُ، فلا بدَّ من تصديقه.

وإذا صدَّقه المشتري: يثبتُ النسبُ[1]، ويبطلُ البيعُ، والولدُ حُرٌّ، والأمُّ أمُّ ولدٍ له، كما في المسألة الأُولىٰ؛ لتصادقِهما، واحتمالِ العلوقِ في مِلكِه.

قال: (فإن مات الولدُ، فادَّعاه البائعُ، وقد جاءَتْ به لأقلَّ من ستة أشهر: لم يثبتِ الاستيلادُ في الأُمِّ).

لأنها تابعةٌ للولد، ولم يثبتْ نسبُه بعد الموت؛ لعدم حاجتِه إلىٰ ذلك، فلا يَتبعُه استيلادُ الأم.

قال: (وإن ماتتِ الأمُّ، فادَّعاه البائعُ، وقد جاءَتْ به لأقلَّ من ستة أشهرٍ: يثبتُ النسبُ في الولد، وأَخَذَه البائعُ)؛ لأن الولدَ هو الأصلُ في النسبِ، فلا يضرُّه فَوَاتُ التَّبَع.

---

(١) أي للمدعي.

ويَرُدُّ الثمنَ كلَّه في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَردُّ حصةَ الولدِ، ولا يَردُّ حصةَ الأم.

وفي «الجامع الصغير»: وإذا حَبِلَتِ الجاريةُ في مِلكِ رجلٍ، . . . . . .

وإنما كان الولدُ أصلاً؛ لأنها تُضافُ إليه، يُقال: أمُّ الولد.

وتستفيدُ الحريةَ من جهته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعْتَقَها ولدُها»[1].

والثابتُ لها: حقُّ الحرية[2]، وله[3]: حقيقتُها، والأدنىٰ يتبعُ الأعلىٰ، والأضعفُ الأقوىٰ.

قال: (ويَرُدُّ الثمنَ كلَّه في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَردُّ حصةَ الولدِ، ولا يَردُّ حصةَ الأم)؛ لأنه تبيَّن أنه باع أمَّ ولده، وماليَّتُها غيرُ متقوِّمةٍ عنده في العقد والغصبِ، فلا يضمنُها المشتري.

وعندهما: متقوِّمةٌ، فيَضمنُها.

(وفي «الجامع الصغير[4]»: وإذا حَبِلَتِ الجاريةُ في مِلكِ رجلٍ،

---

(١) تقدم في أول باب الاستيلاد، وهو في سنن ابن ماجه (٢٥١٦)، وفي سنده: حسين بن عبد الله: وهو ضعيفٌ جداً، وسنن البيهقي (٢١٧٨٨) بسندٍ معضل، وقال ابن حزم في المحلىٰ ٨/٢١٥: صح هذا بسندٍ رواتُه ثقات، وتعقَّبه ابن القطان، واستدرك عليه العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/١٢٣، وينظر الدراية ٢/٨٧.

(٢) وهو أمومية الولد. نتائج الأفكار ٧/٢٧٧.

(٣) أي للولد.

(٤) ص٢٠٦.

فباعها، فولَدَتْ في يدِ المشتري، فادعىٰ البائعُ الولدَ، وقد أَعتَقَ المشتري الأمَّ: فهو ابنُه، يُرَدُّ عليه بحصته من الثمن.

ولو كان المشتري إنما أَعتَقَ الولدَ: فدعواه باطلةٌ.

فباعها، فولَدَتْ في يدِ المشتري، فادعىٰ البائعُ الولدَ، وقد أَعتَقَ المشتري الأمَّ: فهو ابنُه[١]، يُرَدُّ عليه بحصته من الثمن.

ولو كان المشتري إنما أَعتَقَ الولدَ: فدعواه باطلةٌ).

ووجهُ الفَرْق: أن الأصلَ في هذا الباب: الولدُ، والأمُّ تابعةٌ له، علىٰ ما مَرَّ.

وفي الفصل[٢] الأول: قام المانعُ من الدِّعوة والاستيلاد، وهو العتقُ في التبع، وهو الأمُّ، فلا يَمتنعُ ثبوتُه في الأصل، وهو الولدُ، وليس من ضروراته.

كما في ولدِ المَغْرور، فإنه حرٌّ بالقيمة، وأمُّه أَمَةٌ لمولاها.

وكما في المستولَدةِ بالنكاح.

وفي الفصل الثاني: قام المانعُ بالأصل، وهو الولدُ، فيَمتنعُ ثبوتُه فيه، وفي التَّبَع.

وإنما كان الإعتاقُ مانعاً: لأنه لا يحتملُ النَّقْضَ، كحَقِّ استلحاقِ النسبِ، وحَقِّ الاستيلاد، فاستويا من هذا الوجه.

ثم الثابتُ من المشتري: حقيقةُ الإعتاق، والثابتُ للبائع في الأُمِّ: حَقُّ الحرية، وفي الولد للبائع: حَقُّ الدِّعوة، والحَقُّ لا يُعارِضُ الحقيقةَ.

---

(١) أي ابن البائع.

(٢) وفي نُسخ: الوجه.

ومَن باع عبداً وُلِدَ عنده، وباعه المشتري من آخَرَ، ثم ادعاه البائعُ الأولُ: فهو ابنُه، ويَبطلُ البيعُ.

ومَن ادعىٰ نسبَ أحدِ التوأمَيْن: ثَبَتَ نسبُهما منه.

والتدبيرُ: بمنزلة الإعتاق؛ لأنه لا يحتمِلُ النَّقْضَ، وقد ثَبَتَ به بعضُ آثار الحرية.

وقولُه في الفصل الأول: يَرُدُّ عليه بحصته من الثمن: قولُهما[1]، وعنده: يَرُدُّ بكل الثمن، هو الصحيح، كما ذكرنا في فصل الموت.

قال: (ومَن باع عبداً وُلِدَ عنده، وباعه المشتري من آخَرَ، ثم ادعاه البائعُ الأولُ: فهو ابنُه، ويَبطلُ البيعُ)؛ لأن البيعَ يحتملُ النَّقْضَ، وما لَه من حَقِّ الدِّعوة: لا يحتمِلُه، فيُنقَضُ البيعُ لأجله.

وكذلك إذا كاتَبَ الولدَ، أو رَهَنَه، أو أجَّره، أو كاتَبَ الأمَّ، أو رَهَنَها، أو زوَّجها، ثم كانتِ الدِّعوةُ: لأن هذه العوارضَ تحتملُ النقضَ، فيُنقَضُ ذلك كلُّه، وتصحُّ الدِّعوة.

بخلاف الإعتاق والتدبير، علىٰ ما مَرَّ.

وبخلاف ما إذا ادَّعاه المشتري أوَّلاً، ثم ادعاه البائعُ، حيث لا يثبتُ النسبُ من البائع؛ لأن النسبَ الثابتَ من المشتري: لا يحتملُ النَّقضَ، فصار كإعتاقه.

قال: (ومَن ادعىٰ نسبَ أحدِ التوأمَيْن: ثَبَتَ نسبُهما منه)؛ لأنهما خُلِقا من ماءٍ واحدٍ، فمِن ضرورةِ ثبوتِ نسبِ أحدهما: ثبوتُ نسبِ الآخَرِ،

---

(١) لفظ: قولهما: خبرٌ للفظ: وقولُه. في أول الجملة. حاشية سعدي.

وفي «الجامع الصغير»: إذا كان في يده غلامان توأمان وُلِدَا عنده، فباع أحدَهما، وأعتَقَه المشتري، ثم ادعىٰ البائعُ الذي في يده: فهما ابناه، وبَطَلَ عِتْقُ المشتري.

وهذا لأن التوأمَيْن وَلَدَان، بين ولادتَيْهما أقلُّ من ستة أشهرٍ، فلا يُتصوَّرُ عُلوقُ الثاني حادِثاً؛ لأنه لا حَبَلَ لأقلَّ من ستة أشهر.

(وفي «الجامع الصغير»[١]: إذا كان في يده غلامان توأمان وُلِدَا عنده، فباع أحدَهما، وأعتَقَه المشتري، ثم ادعىٰ البائعُ الذي في يده: فهما ابناه، وبَطَلَ عِتْقُ المشتري[٢]).

لأنه لَمَّا ثبت نسبُ الولد الذي عنده؛ لمصادفة العُلُوقِ والدِّعوةِ مِلْكَه، إذِ المسألةُ مفروضةٌ فيه: ثَبَتَت به حريةُ الأصل فيه، فيَثبتُ نسبُ الآخَر، وحريةُ الأصلِ فيه ضرورةً؛ لأنهما توأمان، فتبيَّن أنَّ عِتْقَ المشتري وشراءَه لاقىٰ حريةَ الأصل، فبَطَلَ.

بخلاف ما إذا كان الولدُ واحداً؛ لأن هناك يبطلُ العتقُ فيه مقصوداً؛ لِحَقِّ دِعوة البائع، وها هنا[٣] يثبتُ[٤] تَبَعاً لحريتِه فيه حريةِ الأصل[٥]، فافترقا.

---

(١) ص٢٠٦.

(٢) ويجوز ضبطها: المشترَىٰ. بفتح الراء. حاشية سعدي.

(٣) أي في مسألة التوأمين.

(٤) أي يثبت بطلان عتق المشتري بطريق التبعية.

(٥) قال في البناية ٢٤٦/١٢: أي لحرية المشترَىٰ، الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل، ولفظ: حريةِ: مجرورٌ، بدل من قوله: لحريته، قال الأترازي: ويجوز أن يكون منصوباً علىٰ الاختصاص، بسبيل المدح، بتأويل: أعني. اهـ

وإذا كان الصبيُّ في يدِ رجلٍ، فقال: هو ابنُ عبدي فلانٍ الغائبِ، ثم قال: هو ابني: لم يكنِ ابنَه أبداً وإن جَحَدَ العبدُ أنْ يكون ابنَه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا جَحَدَ العبدُ: فهو ابنُ المولىٰ.

ولو لم يكن أصلُ العلوقُ في مِلكِه: ثبت نسبُ الولدِ الذي عنده، ولا يَنتَقِضُ البيعُ فيما باع؛ لأن هذه دِعوةُ تحريرٍ؛ لانعدام شاهدِ الاتصال، فيُقتصَرُ علىٰ مَحِلِّ ولايته.

قال: (وإذا كان الصبيُّ في يدِ رجلٍ، فقال: هو ابنُ عبدي فلانٍ الغائبِ، ثم قال: هو ابني: لم يكنِ ابنَه أبداً وإن جَحَدَ العبدُ أنْ يكون ابنَه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا جَحَدَ العبدُ: فهو ابنُ المولىٰ).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا قال: هو ابنُ فلانٍ وُلِدَ علىٰ فراشه، ثم ادعاه لنفسه.

لهما: أن الإقرارَ ارتدَّ بردِّ العبد، فصار كأن لم يكنِ الإقرارُ، والإقرارُ بالنسب: يرتدُّ بالردِّ وإن كان لا يحتملُ النقضَ.

ألا يُرىٰ أنه يَعملُ فيه الإكراهُ والهَزْلُ، فصار كما إذا أقرَّ المشتري علىٰ البائع بإعتاق العبدِ المشترَىٰ، فكذَّبه البائعُ، ثم قال: أنا أعتقتُه: يتحوَّل الوَلاء إليه.

بخلاف ما إذا صدَّقه؛ لأنه يدعي بعدَ ذلك نَسَباً ثابتاً من الغير.

. . . .

وبخلاف ما إذا لم يُصدِّقْه، ولم يُكَذِّبْه؛ لأنه تَعَلَّقَ به حَقُّ المُقَرِّ له، علىٰ اعتبار تصديقِه، فيصيرُ كولد الملاعَنة، فإنه لا يثبتُ نسبُه من غير الملاعِن؛ لأن له أن يُكذِّبَ نفسَه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن النسبَ مما لا يَحتملُ النَّقْضَ بعد ثبوته، والإقرارُ بمثله: لا يرتدُّ بالردِّ، فبقيَ، فتمتنعُ دِعوتُه، كمَن شهد علىٰ رجلٍ بنسبِ صغيرٍ، فرُدَّتْ شهادتُه لتُهمةٍ، ثم ادعاه لنفسه: فإنها لا تصح.

وهذا لأنه تعلَّقَ به حَقُّ المقَرِّ له، علىٰ اعتبار تصديقِه[1]، حتىٰ لو صدَّقه بعد التكذيب: يثبتُ النسبُ منه، وكذا تَعَلَّقَ به حَقُّ الولد، فلا يَرتدُّ بردِّ المقَرِّ له.

ومسألةُ الوَلاء: علىٰ هذا الخلاف.

ولو سُلِّم: فالوَلاءُ قد يبطلُ باعتراض الأقوىٰ، كجَرِّ الوَلاءِ من جانبِ الأمِّ إلىٰ قومِ الأب.

وقد اعتَرَضَ علىٰ الوَلاء الموقوفِ ما هو أقوىٰ منه، وهو دعوىٰ المشتري، فيبطلُ به، بخلاف النسب، علىٰ ما مَرَّ.

وهذا يصلُحُ مَخرَجاً[2] علىٰ أصله فيمن يبيعُ الولدَ، ويَخافُ عليه من الدِّعوةِ بعد ذلك، فيَقطعُ دعواه إقرارُه بالنسب لغيره.

---

(١) قوله: علىٰ اعتبار تصديقه: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي حيلةً.

وإذا كان الصبيُّ في يدِ مسلمٍ ونصرانيٍّ، فقال النصرانيُّ: هو ابني، وقال المسلمُ: هو عبدي: فهو ابنُ النصرانيِّ، وهو حُرٌّ.

وإذا ادَّعت امرأةٌ صبياً أنه ابنُها: لم تَجُزْ دعواها حتىٰ تَشهدَ امرأةٌ علىٰ الولادة.

قال: (وإذا كان الصبيُّ في يدِ مسلمٍ ونصرانيٍّ، فقال النصرانيُّ: هو ابني، وقال المسلمُ: هو عبدي: فهو ابنُ النصرانيِّ، وهو حُرٌّ)؛ لأن الإسلامَ مُرجِّحٌ، فيستدعي تعارضاً، ولا تعارضَ؛ لأن نَظَرَ الصبيِّ في هذا أوفرُ؛ لأنه يَنالُ شَرَفَ الحريةِ حالاً، وشَرَفَ الإسلام مآلاً، إذْ دلائلُ الوحدانية ظاهرةٌ.

وفي عكسه: الحُكْمُ بالإسلام تَبَعاً، وحِرْمانُه عن الحرية؛ لأنه ليس في وُسْعِه اكتسابُها.

ولو كانت دِعوتُهما دِعوةَ البُنُوَّة: فالمسلمُ أَولىٰ؛ ترجيحاً للإسلام، وهو أوفرُ النَّظَرَيْن.

قال: (وإذا ادَّعت امرأةٌ صبياً أنه ابنُها: لم تَجُزْ دعواها حتىٰ تَشهدَ امرأةٌ علىٰ الولادة).

ومعنىٰ المسألة: أن تكونَ المرأةُ ذاتَ زوجٍ؛ لأنها تدَّعي تحميلَ النسبِ علىٰ الغير، فلا تُصدَّقُ إلا بحُجَّةٍ، بخلاف الرجلِ؛ لأنه يُحَمِّلُ نفسَه النسبَ.

ثم شهادةُ القابِلةِ كافيةٌ فيها؛ لأن الحاجةَ إلىٰ تعيين الولدِ، أما النسبُ: فيثبتُ بالفراش القائم.

وإن كان لها زوجٌ، وزَعَمَتْ أنه ابنُها منه، وصدَّقها الزوجُ: فهو ابنُهما وإن لم تَشهدِ امرأةٌ.

وإن كان الصبيُّ في أيديهما، وزَعَمَ الزوجُ أنه ابنُه من غيرها، وزَعَمَتْ أنه ابنُها من غيره: فهو ابنُهما.

وقد صَحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام قَبِلَ شهادةَ القابِلةِ علىٰ الولادة[1].

ولو كانت معتدةً: فلا بدَّ من حُجةٍ تامةٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقد مَرَّ في الطلاق.

وإن لم تكن منكوحةً، ولا معتدةً: قالوا: يثبتُ النسبُ منها بقولها؛ لأن فيه إلزاماً علىٰ نفسها، دون غيرها.

قال: (وإن كان لها زوجٌ، وزَعَمَتْ أنه ابنُها منه، وصدَّقها الزوجُ: فهو ابنُهما وإن لم تَشهدِ امرأةٌ)؛ لأنه التزم نسبَه، فأغنىٰ ذلك عن الحُجَّة.

قال: (وإن كان الصبيُّ في أيديهما، وزَعَمَ الزوجُ أنه ابنُه من غيرها، وزَعَمَتْ أنه ابنُها من غيره: فهو ابنُهما)؛ لأن الظاهرَ أن الولدَ منهما؛ لقيام أيديهما، أو لقيام الفراشِ بينهما، ثم كلُّ واحدٍ منهما يريدُ إبطالَ حقِّ صاحبِه، فلا يُصدَّقُ عليه.

---

(١) تقدم في أول الشهادات، وقال في الدراية ٢/١٧١: في مصنف عبد الرزاق (١٥٤٢٧) عن ابن شهاب: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن».

ومَن اشترىٰ جاريةً، فوَلَدَتْ ولداً عنده، فاستحَقَّها رجلٌ: غَرِمَ الأبُ قيمةَ الولدِ يومَ الخصومة.

ولو مات الولدُ قبلَ يومِ الخصومة: لا شيءَ علىٰ الأبِ.

وهو نظيرُ ثوبٍ في يدِ رجلَيْن، يقولُ[1] كلٌّ واحدٍ منهما: هو بيني وبين رجلٍ آخَرَ غيرِ صاحبِه: يكونُ الثوبُ بينهما، إلا أن هناك يدخلُ المُقَرُّ له في نصيب المقِرِّ؛ لأن المَحَلَّ يحتملُ الشركة، وها هنا لا يدخلُ؛ لأن النسبَ لا يحتملُها.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، فوَلَدَتْ ولداً عنده، فاستحَقَّها رجلٌ: غَرِمَ الأبُ قيمةَ الولدِ يومَ الخصومة)؛ لأنه ولدُ المغرور، فإنَّ المغرورَ مَن يطأ امرأةً معتمِداً علىٰ ملكِ يمينٍ، أو نكاحٍ، فتَلِدُ منه، ثم تُستَحَقُّ.

وولدُ المغرورِ: حُرٌّ بالقيمة، بإجماع الصحابة[2] رضي الله عنهم.

ولأن النظرَ من الجانبين واجبٌ، فيُجعَلُ الولدُ حُرَّ الأصلِ في حَقِّ أبيه، رقيقاً في حقِّ مدَّعيه؛ نظراً لهما.

ثم الولدُ حاصلٌ في يده من غير صُنْعِه، فلا يضمنُه إلا بالمنع، كما في ولدِ المغصوبة، فلهذا تُعتبرُ قيمةُ الولد يومَ الخصومة؛ لأنه يومُ المَنْع.

قال: (ولو مات الولدُ قبلَ يومِ الخصومة: لا شيءَ علىٰ الأبِ)؛ لانعدام المنع.

---

(١) وفي نُسخ: يدعي.

(٢) قال في الدراية ٢/١٧٩: لم أجده هكذا صريحاً.

وكذا لو تَرَكَ مالاً، والمالُ لأبيه، ولا تجبُ عليه قيمتُه.

ولو قَتَلَه الأبُ: يَغرَمُ قيمتَه.

وكذا لو قَتَلَه غيرُه، فأَخَذَ ديتَه: فيَغرَمُ قيمتَه.

قال: (وكذا[١] لو تَرَكَ مالاً)؛ لأن الإرثَ ليس ببدلٍ عنه.

(والمالُ لأبيه، ولا تجبُ عليه قيمتُه)؛ لأنه حرٌّ الأصلِ في حَقِّه، فيرثُه.

قال: (ولو قَتَلَه الأبُ: يَغرَمُ قيمتَه)؛ لوجود المنع.

قال: (وكذا لو قَتَلَه غيرُه، فأَخَذَ ديتَه)؛ لأن سلامةَ بدلِه له: كسلامته، ومَنْعَ بدله: كمنعِه، (فيَغرَمُ قيمتَه)، كما إذا كان حياً.

ويَرجعُ[٢] بقيمة الولدِ علىٰ بائعه؛ لأنه ضَمِنَ له[٣] سلامتَه، كما يرجعُ بثمنه[٤].

بخلافِ العُقْر؛ لأنه لَزِمَه لاستيفاء منافعِها، فلا يَرجعُ به علىٰ البائع، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي لا شيء عليه. البناية ٢٥٦/١٢.

(٢) أي المشتري المغرور.

(٣) أي للمشتري.

(٤) أي بثمن المبيع، وهو الأم. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

كتاب الإقرار

وإذا أَقَرَّ الحرُّ، العاقلُ، البالغُ بحَقٍّ: لَزِمَه إقرارُه، مجهولاً كان ما أقرَّ به، أو معلوماً.

كتاب الإقرار

قال: (وإذا أَقَرَّ الحُرُّ، العاقلُ، البالغُ بحَقٍّ: لَزِمَه إقرارُه، مجهولاً كان ما أقرَّ به، أو معلوماً).

قال رضي الله عنه: اعلم أن الإقرارَ إخبارٌ عن ثبوتِ الحَقِّ، وأنه مُلزِمٌ؛ لوقوعه دلالةً؛ ألا ترىٰ كيف ألزم رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم ماعزاً رضي الله عنه الرَّجْمَ بإقراره[1]، وتلك المرأةَ باعترافها[2].

وهو حُجَّةٌ قاصِرةٌ؛ لقُصور ولايةِ المُقِرِّ عن غيره، فيُقتَصَرُ عليه.

وشَرَطَ الحريةَ: ليصحَّ إقرارُه مطلقاً، فإن العبدَ المأذونَ له وإن كان مُلحَقاً بالحُرِّ في حَقِّ الإقرار لكنَّ المحجورَ عليه لا يصحُّ إقرارُه بالمال، ويصحُّ بالحدود والقصاص؛ لأن إقرارَه[3] عُهِدَ موجِباً تعلُّقَ الدَّيْن برقبته، وهي[4] مالُ المولىٰ، فلا يُصدَّق عليه.

بخلاف المأذونِ: لأنه مسلَّطٌ عليه من جهته.

---

(١) صحيح البخاري (٦٨١٥)، صحيح مسلم (١٦٩٢).

(٢) أي الغامدية، وتقدم حديثها في الحدود، وهو في صحيح البخاري (٦٨١٥).

(٣) أي العبد المحجور. البناية ١٢/٢٥٩.

(٤) أي رقبتُه.

ويُقالُ له : بيِّنِ المجهولَ، فإن لم يُبيِّنْ : أجبره القاضي علىٰ البيان .

فإن قال : لفلانٍ عليَّ شيءٌ : لَزِمَه أن يُبيِّنَ ما لَه قيمةٌ .

وبخلاف الحَدِّ، والدمِ: لأنه مُبَقًّى علىٰ أصلِ الحريةِ في ذلك، حتىٰ لا يصحُّ إقرارُ المولىٰ علىٰ العبدِ فيه.

ولا بدَّ من البلوغ، والعقلِ: لأن إقرارَ الصبيِّ والمجنونِ غيرُ لازمٍ؛ لانعدام أهليةِ الالتزام، إلا إذا كان الصبيُّ مأذوناً له؛ لأنه مُلْحَقٌ بالبالغ بحكم الإذن.

وجهالةُ المقَرِّ به لا تَمنعُ صحةَ الإقرار؛ لأن الحَقَّ قد يَلزمُه مجهولاً، بأن أتلف مالاً لا يدري قيمتَه، أو يَجرحَ جراحةً لا يَعلَمُ أَرْشَها، أو تبقىٰ عليه باقيةُ حسابٍ لا يُحيطُ به علمُه، والإقرارُ إخبارٌ عن ثبوت الحَقِّ، فيصحُّ به.

بخلاف الجهالة في المقَرِّ له: لأن المجهولَ لا يصلُحُ مستَحِقًّا.

قال: (ويُقالُ له: بيِّنِ المجهولَ)؛ لأن التجهيلَ من جهته، فصار كما إذا أعتق أحدَ عبدَيْه.

قال: (فإن لم يُبيِّنْ: أجبره القاضي علىٰ البيان)؛ لأنه لَزِمَه الخروجُ عمَّا لَزِمَه بصحيح إقراره، وذلك بالبيان.

قال: (فإن قال: لفلانٍ عليَّ شيءٌ: لَزِمَه أن يُبيِّنَ ما لَه قيمةٌ)؛ لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمةَ له: لا يجبُ فيها[1].

فإذا بيَّن غيرَ ذلك: يكون رجوعاً[2].

---

(١) أي الذمة.

(٢) أي عن إقراره، فلا يُسمَع.

والقولُ قولُه مع يمينِه إن ادَّعىٰ المُقَرُّ له أكثرَ من ذلك.

قال: (والقولُ قولُه مع يمينِه إن ادَّعىٰ المُقَرُّ له أكثرَ من ذلك)؛ لأنه هو المنكِرُ فيه.

وكذا[١] إذا قال: لفلانٍ عليَّ حَقٌّ؛ لِمَا بيَّنَّا.

وكذا لو قال: غصبتُ منه شيئاً.

ويجب أن يبيِّن[٢] ما هو مالٌ، حتىٰ لو بَيَّن في الصبيِّ الحُرِّ أو الزوجة[٣]: لا يصحُّ، وقيل: يصحُّ، والأولُ أصحُّ.

ولا بدَّ من أنْ يجريَ فيه[٤] التمانعُ[٥]، حتىٰ لو بيَّن[٦] في حَبَّة حِنطةٍ أو قطرةِ ماءٍ: لا يصح، والتعويلُ في الكلِّ علىٰ العادة.

ولو بَيَّن في العقار، أو في خمرِ المسلم[٧]: صحَّ؛ لأنه مالٌ يجري فيه التمانعُ وإن كان لا يُضمَنُ بالغصب تعويلاً علىٰ العادة.

---

(١) أي وكذا يلزمه أن يبيِّن بما له قيمةٌ. البناية ١٢/٢٦٢.

(٢) أي يفسِّر الجهالة بما هو مالٌ.

(٣) أي لو بيَّن في الإقرار بالغصب وفسَّره بأن المغصوب هو صبيٌّ حرٌّ أو زوجتُه: لا يصح تفسيره، وقيل يصح.

(٤) أي المال الذي بيَّنه.

(٥) أي بين الناس، ويقصدونه، وما لا قيمة له: لا يتمانعون فيه.

(٦) أي فسَّر إقراره بالغصب أنه غصب حبة حنطة: لا يُقبل تفسيره وبيانه؛ لأنه لا قيمة لحبة الحنطة، ولا يتمانع الناس فيها.

(٧) أي لو بيَّن وفسَّر أن المغصوبَ دارٌ أو خمرٌ، وهي مما لا يُضمن في الغصب: فالقول قوله في هذا البيان، ويُقبل. النهاية للسغناقي (مخطوط) باختصار.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ مالٌ: فالمَرجِعُ إليه في بيانه.

ويُقبلُ قولُه في القليلِ والكثير.

ولو قال: عليَّ مالٌ عظيمٌ: لم يُصدَّقْ في أقلَّ من مائتي درهمٍ.

قال: (ولو قال: لفلانٍ عليَّ مالٌ: فالمَرجِعُ إليه في بيانه)؛ لأنه هو المُجْمِلُ.

(ويُقبلُ قولُه في القليلِ والكثير)؛ لأن كلَّ ذلك مالٌ، فإنه اسمٌ لِمَا يُتموَّلُ به.

إلا أنه لا يُصدَّقُ في أقلَّ من درهمٍ؛ لأنه لا يُعدُّ مالاً عُرفاً.

قال: (ولو قال: عليَّ مالٌ عظيمٌ: لم يُصدَّقْ في أقلَّ من مائتي درهمٍ)؛ لأنه أقرَّ بمالٍ موصوفٍ، فلا يجوزُ إلغاءُ الوصفِ، والنصابُ: عظيمٌ، حتىٰ اعتُبر صاحبُه غنيّاً به، والغِنَىٰ[1]: عظيمٌ عند الناس.

قال رضي الله عنه: ولم يذكر محمدٌ رحمه الله قولَ أبي حنيفة في «الأصل[2]».

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يُصدَّقُ في أقلَّ من عشرة دراهم، وهي نصابُ السرقةِ؛ لأنه عظيمٌ، حيث تُقطعُ به اليدُ المُحترَمة.

وعنه: مثلُ جوابِ «الكتاب[3]».

---

(١) وفي نُسخ: والغَنِيُّ.

(٢) ٨/٢٩٤.

(٣) أي مختصر القدوري. البناية ١٢/٢٦٣.

ولو قال: دراهمُ كثيرةٌ: لم يُصدَّق في أقلَّ من عشرة دراهم.

ولو قال: دراهمُ: فهي ثلاثةٌ، إلا أن يُبيِّنَ أكثرَ منها.

وهذا إذا قال: من الدراهم، أما إذا قال: من الدنانير: فالتقديرُ فيها بالعشرين.

وفي الإبل: بخمسٍ وعشرين؛ لأنه أدنىٰ نصابٍ يجبُ فيه من جنسه.

وفي غير مالِ الزكاة: بقيمة النصاب.

ولو قال: أموالٌ عِظامٌ: فالتقديرُ بثلاثة نُصُبٍ من أيِّ جنسٍ[1] سمَّاه؛ اعتباراً لأدنىٰ الجمع.

قال: (ولو قال: دراهمُ كثيرةٌ: لم يُصدَّق في أقلَّ من عشرة دراهم)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لم يُصدَّق في أقلَّ من مائتي درهمٍ؛ لأن صاحبَ النصاب مُكْثِرٌ، حتىٰ وَجَبَ عليه مواساةُ غيرِه[2]، بخلاف ما دونه.

وله: أن العشرةَ أقصىٰ ما ينتهي إليه اسمُ الجمع، يقال: عُشرةُ دراهم، ثم يُقال: أحدَ عشرَ درهماً، فيكون هو الأكثرَ من حيثُ اللفظُ، فينصرف إليه.

قال: (ولو قال: دراهمُ: فهي ثلاثةٌ)؛ لأنها أقلُّ الجمع الصحيح.

(إلا أن يُبيِّنَ أكثرَ منها)؛ لأن اللفظَ يحتملُه، وينصرفُ إلىٰ الوزن المعتاد.

---

(١) وفي نُسخ: فنٍّ، والمراد من أي نوعٍ سمَّاه.

(٢) أي بدفع الزكاة، والتصدق علىٰ الفقير.

ولو قال : كذا كذا درهماً : لم يُصدَّق في أقلَّ من أحدَ عشرَ درهماً.

ولو قال : كذا وكذا درهماً : لم يُصدَّق في أقلَّ من أحدٍ وعشرينَ درهماً.

وإن قال : له عليَّ، أو : قِبَلي : فقد أقرَّ بالدَّيْن.

قال: (ولو قال: كذا كذا درهماً: لم يُصدَّق في أقلَّ من أحدَ عشرَ درهماً)؛ لأنه ذَكَرَ عددَيْن مبهمَيْن ليس بينهما حرفُ العطف، وأقلُّ ذلك من العددَيْن المفسَّرَيْن: أحدَ عشرَ.

قال: (ولو قال: كذا وكذا درهماً: لم يُصدَّق في أقلَّ من أحدٍ وعشرينَ درهماً)؛ لأنه ذَكَرَ عددَيْن مبهمَيْن، بينهما حرفُ العطف، وأقلُّ ذلك من المفسَّر: أحدٌ وعشرون، فيُحمَلُ كلُّ وجهٍ علىٰ نظيره.

ولو قال: كذا درهماً: فهو درهمٌ؛ لأنه تفسيرٌ للمبهَم.

ولو ثَلَّثَ: كذا: بغير واو: فأَحَدَ عشر؛ لأنه لا نظيرَ له سواه.

وإن ثَلَّثَ بالواو: فمائةٌ وأَحَدٌ وعشرون.

وإن ربَّع: يُزادُ عليها ألفٌ؛ لأن ذلك نظيرُه.

قال: (وإن قال: له عليَّ، أو: قِبَلي: فقد أقرَّ بالدَّيْن)؛ لأن: عليَّ: صيغةُ إيجابٍ، و: قِبَلي: يُنبِئُ عن الضمان، علىٰ ما مَرَّ في الكفالة.

ولو قال المقِرُّ: هو وديعةٌ، ووَصَلَ[1]: صُدِّقَ؛ لأن اللفظَ يَحتمِلُه مجازاً، حيث يكونُ المضمونُ حِفْظَه، والمالُ مَحَلُّه، فيُصدَّقُ موصولاً، لا مفصولاً.

---

(١) أي وصل قولَه: عليَّ أو قِبَلي: بقوله: هو وديعةٌ. البناية ١٢/٢٦٩.

ولو قال : عندي، أو : معي، أو : في بيتي، أو : في كِيْسي، أو : في صُندوقي : فهو إقرارٌ بأمانةٍ في يده.

ولو قال له رجلٌ : لي عليكَ ألفُ درهمٍ، فقال : اتَّزِنْها، أو : . . . . .

قال رضي الله تعالىٰ عنه: وفي بعض نُسَخِ «المختصر» في قوله: قِبَلي: إنه إقرارٌ بالأمانة؛ لأن اللفظَ يَنتظِمُهما[1]، حتىٰ صار قولُه: لا حَقَّ لي قِبَلَ فلانٍ: إبراءً عن الدَّيْن والأمانةِ جميعاً، والأمانةُ أقلُّهما، والأولُ[2] أصحُّ.

قال: (ولو قال: عندي، أو: معي[3]، أو: في بيتي، أو: في كِيْسي، أو: في صُندوقي: فهو إقرارٌ بأمانةٍ في يده)؛ لأن كلَّ ذلك إقرارٌ بكون الشيءِ في يده، وذلك يَتنوَّعُ إلىٰ مضمونٍ وأمانةٍ، فيثبتُ أقلُّهما، وهو الأمانةُ، علىٰ أن كلمةَ: عند: تختصُّ بالأمانة.

ولو[4] قال: له في مالي ألفُ درهمٍ: قيل: هو إقرارٌ بالدين، وقيل: بالشركة، وقيل: إن كان المالُ محصوراً: فبالشركة، وإن لم يكن: فبالدين.

ولو قال: له مِن مالي ألفُ درهمٍ: فهذه هبةٌ؛ لأنَّ: مِن: للتبعيض، وجَعْلُ بعضِ مالِه لغيره: يكون بطريق الهبة.

قال: (ولو قال له رجلٌ: لي عليكَ ألفُ درهمٍ، فقال: اتَّزِنْها، أو:

---

(١) أي الدَّيْن والأمانة.

(٢) وهو أنه إقرارٌ بالدَّين.

(٣) وفي نُسخ: أو في يدي.

(٤) هذه المسألة والتي بعدها مثبتةٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

انتَقِدْها، أو: أَجِّلْني بها، أو: قد قضيتُكَها: فهذا إقرارٌ بالدين.

انتَقِدْها، أو: أَجِّلْني بها، أو: قد قضيتُكَها: فهذا إقرارٌ بالدين).

لأن الهاءَ في الأول والثاني[١]: كنايةٌ عن المذكورِ في الدعوىٰ، فكأنه قال: اتَّزِنِ الألفَ التي لكَ عليَّ.

حتىٰ لو لم يَذْكرْ حرفَ الكناية: لا يكون إقراراً؛ لعدم انصرافِه إلىٰ المذكور.

وأما الثالثُ والرابع[٢]: فلأنَّ التأجيلَ إنما يكونُ في حَقٍّ واجبٍ، والقضاءُ يتلو الوجوبَ، ودعوىٰ الإبراء: كالقضاء[٣]؛ لِمَا بيَّنَّا.

وكذا دعوىٰ الصدقةِ والهبة؛ لأن التمليكَ يقتضي سابقةَ الوجوب.

وكذا لو قال: أَحَلْتُكَ بها علىٰ فلانٍ؛ لأنه تحويلُ الدَّيْن.

ولو[٤] قال لآخَرَ: اقضِ ما لي عليكَ، فقال: غداً: فهو إقرارٌ؛ لأنه تأجيلٌ دلالةً.

وكذا إذا قال: لم يَحُلَّ بعدُ، أو ليست[٥] بمهيَّأة؛ لأنه ينصرف إلىٰ المذكور، علىٰ ما بيَّنَّا.

---

(١) الأول: قوله: اتَّزنها، والثاني: قوله: انتقدها.

(٢) الثالث: قوله: أجِّلني بها، والرابع: قوله: قد قضيتُكها.

(٣) أي لو ادعىٰ الإبراءَ: يكون كقوله: قد قضيتُكها. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٤) هذه المسألة والتي بعدها مثبتةٌ في نسخة ٧٣٨هـ، وفي نُسخٍ أخرىٰ.

(٥) أي الدراهم الألف.

ومَن أقرَّ بدَيْنٍ مؤجَّلٍ، فصدَّقَه المُقَرُّ له في الدَّيْن، وكذَّبَه في التأجيل: لزمه الدينُ حالاً، ويُستحلَفُ المُقَرُّ له علىٰ الأجل.

وإن قال: له عليَّ مائةٌ ودرهمٌ: لَزِمَه كلُّها دراهمُ.

ولو قال: له مائةٌ وثوبٌ: لزمه ثوبٌ واحدٌ، والمَرجِعُ في تفسير المائة إليه.

قال: (ومَن أقرَّ بدَيْنٍ مؤجَّلٍ، فصدَّقَه المُقَرُّ له في الدَّيْن، وكذَّبَه في التأجيل: لزمه الدينُ حالاً)؛ لأنه أقرَّ علىٰ نفسِه بمالٍ، وادعىٰ حقّاً لنفسه فيه، فصار كما إذا أقرَّ بعبدٍ في يده، وادعىٰ الإجارةَ.

بخلاف الإقرار بالدراهم السُّودِ؛ لأنه صفةٌ فيه، وقد مرَّت المسألة في الكفالة.

قال: (ويُستحلَفُ المُقَرُّ له علىٰ الأجل)؛ لأنه مُنكِرٌ حَقّاً عليه، واليمينُ علىٰ المُنكِر.

قال: (وإن قال: له عليَّ مائةٌ ودرهمٌ: لَزِمَه كلُّها دراهمُ.

ولو قال: له مائةٌ وثوبٌ: لزمه ثوبٌ واحدٌ، والمَرجِعُ في تفسير المائة إليه)، وهو القياسُ في الأول[1]، وبه قال الشافعي[2] رحمه الله؛ لأن المائةَ مبهَمَةٌ، والدرهمَ معطوفٌ عليها بالواو العاطِفةِ، لا تفسيرٌ لها، فبقيتِ المائةُ علىٰ إبهامها، كما في الفصل الثاني[3].

---

(١) يعني أن لزوم درهم واحد، والرجوع في تفسير المائة إلىٰ المقر: هو القياس في الفصل الأول أيضاً، وهو قوله: له عليَّ مائةٌ ودرهمٌ. البناية ١٢/٢٧٢.

(٢) الحاوي الكبير ١٣/٤٥٣.

(٣) وهو قوله: له عليَّ مائةٌ وثوبٌ.

ومَن أقرَّ بتمرٍ في قَوْصَرَّةٍ: لَزِمَه التمرُ والقَوْصَرَّة.

وجهُ الاستحسان، وهو الفَرْقُ: أنهم استثقلوا[١] تكرارَ الدرهم في كلِّ عددٍ، واكتَفَوْا بذِكْره عَقِيبَ العددَيْن.

وهذا فيما يكثُرُ استعمالُه، وذلك عند كثرةِ الوجوبِ بكثرة أسبابه، وذلك في الدراهمِ والدنانير، والمكيلِ والموزونِ.

أما الثيابُ وما لا يُكالُ ولا يوزَنُ: فلا يكثُرُ وجوبُها، فبقِيَ علىٰ الحقيقة.

وكذا إذا قال: عليَّ مائةٌ وثوبان؛ لِمَا بيَّنَّا.

بخلاف ما إذا قال: مائةٌ وثلاثةُ أثوابٍ؛ لأنه ذَكَرَ عددَيْن مبهمَيْن، وأعقبهما تفسيراً، إذِ الأثوابُ لم تُذكَرْ بحرفِ العطف، فانصرف إليهما؛ لاستوائهما في الحاجةِ إلىٰ التفسير، فكانت كلُّها ثياباً.

قال: (ومَن أقرَّ بتمرٍ في قَوْصَرَّةٍ[٢]: لَزِمَه التمرُ والقَوْصَرَّة).

وفسَّره[٣] في «الأصل» بقوله: غصبتُ تمراً في قَوْصَرَّة.

ووجهُه: أن القَوْصَرَّة وعاءٌ له، وظَرْفٌ له، وغَصْبُ الشيءِ وهو مظروفٌ لا يتحقَّق بدون الظرف، فيلزمانه.

وكذا الطعامُ في السفينة، والحنطةُ في الجُوَالِق.

---

(١) أي العلماء. البناية ١٢/٢٧٢، وفي نُسخ: يستثقلون.

(٢) بالتشديد والتخفيف: وعاءُ التمر يُتَّخذ من قَصَب، تسمىٰ بذلك مادام التمر فيها، وإلا: فهي زنبيل. البناية ١٢/٢٧٣.

(٣) أي فسَّره الإمام محمد رحمه الله في الأصل ١٩٣/٨.

ومَن أقرَّ بدابَّةٍ في إصْطَبْلٍ : لَزِمَتْه الدابةُ خاصةً.

ومَن أقرَّ لغيره بخاتَمٍ : لَزِمَه الحَلْقَةُ والفَصُّ.

ومَن أقرَّ له بسيفٍ : فله النَّصْلُ، والجَفْنُ، والحَمَائلُ.

ومَن أقرَّ بحَجَلَةٍ : فله العِيْدانُ والكِسوةُ.

بخلاف ما إذا قال: غصبتُ تمراً من قَوْصَرَّةٍ؛ لأن كلمةَ: مِن: للانتزاع، فيكونُ إقراراً بغصب المنزوع.

قال: (ومَن أقرَّ بدابَّةٍ في إصْطَبْلٍ: لَزِمَتْه الدابةُ خاصةً)؛ لأن الإصطبلَ غيرُ مضمونٍ بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعلىٰ قياس قولِ محمدٍ رحمه الله: يضمنُهما[1].

ومثلُه الطعامُ في البيت.

قال: (ومَن أقرَّ لغيره بخاتَمٍ: لَزِمَه الحَلْقَةُ والفَصُّ)؛ لأن اسمَ الخاتَمِ يَشملُ الكلَّ.

قال: (ومَن أقرَّ له بسيفٍ: فله النَّصْلُ، والجَفْنُ[2]، والحَمَائلُ)؛ لأن الاسمَ ينطوي علىٰ الكلِّ.

قال: (ومَن أقرَّ بحَجَلَةٍ[3]: فله العِيْدانُ والكِسوةُ)؛ لانطلاق الاسمِ علىٰ الكلِّ عُرفاً.

---

(١) أي الدابةُ والإصطبل.

(٢) أي غمد السيف.

(٣) بيتٌ للعروس يُزيَّن بالثياب والأسرَّة والستور.

وإن قال : غصبتُ ثوباً في مِنديلٍ : لزماه جميعاً.

وكذا لو قال : له عليَّ ثوبٌ في ثوبٍ : لزماه.

وإن قال : له عليَّ ثوبٌ في عشرةِ أثوابٍ : لم يلزَمْه إلا ثوبٌ واحدٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله : لزمه أحدَ عشرَ ثوباً.

قال: (وإن قال: غصبتُ ثوباً في مِنديلٍ: لزماه جميعاً)؛ لأنه ظَرْفٌ، فإنَّ الثوبَ يُلَفُّ فيه.

قال: (وكذا لو قال: له عليَّ ثوبٌ في ثوبٍ: لزماه)؛ لأنه ظرفٌ.

بخلاف قولِه: درهمٌ في درهمٍ، حيث يلزمُه واحدٌ؛ لأنه ضَرْبٌ[1]، لا ظرفٌ.

قال: (وإن قال: له عليَّ ثوبٌ في عشرةِ أثوابٍ: لم يلزَمْه إلا ثوبٌ واحدٌ عند أبي حنيفة[2] وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لَزِمَه أحدَ عشرَ ثوباً)؛ لأن النفيسَ من الثيابِ قد يُلَفُّ في عشرةِ أثوابٍ، فأمكن حَمْلُه علىٰ الظرف.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنَّ حرف: في: يُستعمَلُ في البَيْن، والوسطِ أيضاً، قال الله تعالىٰ: ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾. الفجر/٢٩،

---

(١) أي ضرب حسابٍ.

(٢) قوله: أبي حنيفة: مثبتٌ في نُسخة ١٠٣٨هـ، علىٰ أنها نسخة، وفي غيرها كُتب فوق قول أبي يوسف: وهو قول أبي حنيفة، وعُزي للكافي، للحاكم الشهيد.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ خمسةٌ في خمسةٍ، يريد به الضربَ والحسابَ: لَزِمَه خمسةٌ.

ولو قال: أردتُ خمسةً مع خمسةٍ: لزمه عشرةٌ.

ولو قال: له عليَّ من درهمٍ إلىٰ عشرةٍ، أو قال: ما بينِ درهمٍ إلىٰ عشرةٍ: لزمه تسعةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، فيلزمُه الابتداءُ وما بعده، وتَسقطُ الغايةُ.

أي بين عبادي، فوَقَعَ الشكُّ، والأصلُ براءةُ الذِّمَم.

علىٰ أن كلَّ ثوبٍ منها مُوْعى[1]، وليس بوعاءٍ، فتعذَّر حَمْلُه علىٰ الظرف، فتعيَّن الأولُ مَحْمِلاً.

قال: (ولو قال: لفلانٍ عليَّ خمسةٌ في خمسةٍ، يريد به الضربَ والحسابَ: لَزِمَه خمسةٌ)؛ لأن الضربَ لا يُكثِّرُ المالَ.

وقال الحسنُ[2] رحمه الله: يلزمُه خمسةٌ وعشرون، وقد ذكرناه في الطلاق.

قال: (ولو قال: أردتُ خمسةً مع خمسةٍ: لزمه عشرةٌ)؛ لأن اللفظَ يحتمِلُه.

قال: (ولو قال: له عليَّ من درهمٍ إلىٰ عشرةٍ، أو قال: ما بين درهمٍ إلىٰ عشرةٍ: لزمه تسعةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، فيلزمُه الابتداءُ وما بعده، وتَسقطُ الغايةُ.

---

(١) أي مظروف.

(٢) يعني الحسن بن زياد اللؤلؤي، من أصحاب أبي حنيفة، له مصنفات عدةٌ، منها أدب القاضي، والنفقات، والخراج، توفي سنة ٢٠٤هـ. البناية ١٢/٢٧٧.

وقالا : تلزمُه العشرةُ كلُّها .

ولو قال : له مِن داري ما بينِ هذا الحائطِ إلىٰ هذا الحائط : فله ما بينهما ، وليس له من الحائطَيْن شيءٌ .

وقالا: تلزمُه العشرةُ كلُّها)، فتدخل الغايتان.

وقال زفر رحمه الله: يلزمُه ثمانيةٌ، ولا تدخلُ الغايتان.

قال: (ولو قال: له مِن داري ما بين هذا الحائطِ إلىٰ هذا الحائط: فله ما بينهما، وليس له من الحائطَيْن شيءٌ)، وقد مَرَّت الدلائلُ في الطلاق، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

ومَن قال: لحَمْلِ فلانةَ عليَّ ألفُ درهمٍ، فإن قال: أوصىٰ له بها فلانٌ، أو مات أبوه، فورِثَه: فالإقرارُ صحيحٌ.

ولو قال المقِرُّ: باعني، أو أقرَضَني: لم يلزَمْه شيءٌ.

فصلٌ

في الإقرار للحَمْل

قال: (ومَن قال: لحَمْلِ فلانةَ عليَّ ألفُ درهمٍ، فإن قال: أوصىٰ له بها فلانٌ، أو مات أبوه، فورِثَه: فالإقرارُ صحيحٌ)؛ لأنه أقرَّ بسببٍ صالحٍ لثبوت الملكِ له.

ثم إذا جاءتْ به حيّاً في مدةٍ يُعلَمُ أنه كان قائماً وقتَ الإقرار: لَزِمَه.

فإن جاءت به ميتاً: فالمالُ للموصي[١] والمورِّثِ، حتىٰ يُقسَمُ بين ورثتِه؛ لأنه إقرارٌ في الحقيقة لهما[٢]، وإنما يَنتقلُ إلىٰ الجنين بعد الولادة، ولم يَنتقِل قبلَها.

ولو جاءت بولدَيْن حيَّيْن: فالمالُ بينهما.

قال: (ولو قال المقِرُّ: باعني، أو أقرَضَني: لم يلزَمْه شيءٌ)؛ لأنه بيَّن مستحيلاً.

---

(١) أي ورثة الموصي.

(٢) أي للموصي، والوارث.

وإن أَبْهَمَ الإقرارَ : لم يصحَّ عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمدٌ رحمه الله : يصحُّ.

ومَن أقرَّ بحَمْلِ جاريةٍ، أو بحَمْلِ شاةٍ لرجلٍ : صحَّ إقرارُه، ولَزِمَه.

ومَن أقرَّ بشرطِ الخيار : بَطَلَ الشرطُ، ولَزِمَه المالُ.

قال: (وإن أَبْهَمَ الإقرارَ: لم يصحَّ عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمدٌ رحمه الله: يصحُّ)؛ لأن الإقرارَ من الحُجَجِ، فيجبُ إعمالُه ما أمكن، لا إهمالُه، وقد أمكنَ إعمالُه بالحَمْل علىٰ السبب الصالح.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن الإقرارَ مطلَقُه يَنصرفُ إلىٰ الإقرارِ بسببِ التجارة، ولهذا حُمِلَ إقرارُ العبدِ المأذونِ له وأحدِ المتفاوضَيْن عليه[1]، فيصيرُ كما إذا صرَّح به.

قال: (ومَن أقرَّ بحَمْلِ جاريةٍ، أو بحَمْلِ شاةٍ لرجلٍ: صحَّ إقرارُه، ولَزِمَه)؛ لأن له وجهاً صحيحاً، وهو الوصيةُ به من جهة غيرِه، فحُمِلَ عليه.

قال: (ومَن أقرَّ بشرطِ الخيار: بَطَلَ الشرطُ)؛ لأن الخيارَ لا يليقُ بالإخبار، لأنه لا يتغيَّرُ بالاختيار.

ولأن الخيارَ للفسخ، والإخبارُ لا يحتمِلُه[2].

(ولَزِمَه المالُ)؛ لوجود الصيغةِ الملزِمة، ولم تنعدِم بهذا الشرطِ الباطل، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي علىٰ الإقرار بسبب التجارة.

(٢) أي لا يحتمل الفسخ.

باب
الاستثناء، وما في معناه

ومَن أقرَّ واستثنىٰ متصلاً بإقراره: صَحَّ الاستثناءُ، ولَزِمَه الباقي.

وسواءٌ استثنىٰ الأقلَّ أو الأكثرَ، فإن استثنىٰ الجميعَ: لَزِمَه الإقرارُ، وبَطَلَ الاستثناءُ.

ولو قال: له عليَّ مائةُ درهمٍ إلا ديناراً، أو: إلا قفيزَ حنطةٍ: لَزِمَه مائةُ درهمٍ إلا قيمةَ الدينار، أو قيمةَ القفيزِ.

باب الاستثناء، وما في معناه

قال: (ومَن أقرَّ واستثنىٰ متصلاً بإقراره: صَحَّ الاستثناءُ، ولَزِمَه الباقي)؛ لأن الاستثناءَ مع الجملة عبارةٌ عن الباقي، ولكنْ لا بدَّ من الاتصال.

(وسواءٌ استثنىٰ الأقلَّ أو الأكثرَ، فإن استثنىٰ الجميعَ: لَزِمَه الإقرارُ، وبَطَلَ الاستثناءُ)؛ لأنه تكلُّمٌ بالحاصل بعد الثُّنْيا، ولا حاصلَ بعده، فيكونُ رجوعاً، وقد مَرَّ الوجهُ في الطلاق.

قال: (ولو قال: له عليَّ مائةُ درهمٍ إلا ديناراً، أو: إلا قفيزَ حنطةٍ: لَزِمَه مائةُ درهمٍ إلا قيمةَ الدينار، أو قيمةَ القفيزِ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

ولو قال: له عليَّ مائةُ درهمٍ إلا ثوباً: لم يصحَّ الاستثناءُ[1].

---

(١) قياساً واستحساناً باتفاق أصحابنا. البناية ١٢/٢٨٤.

ومَن أقرَّ بحَقٍّ، وقال: إن شاء الله متصلاً بإقراره: لم يلزَمْه الإقرارُ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يصح فيهما[١].

وقال الشافعيُّ[٢] رحمه الله: يصحُّ فيهما.

لمحمدٍ رحمه الله: أن الاستثناءَ: ما لولاه لَدَخَلَ تحتَ اللفظِ، وهذا لا يتحقَّقُ في خلافِ الجنس.

وللشافعي رحمه الله: أنهما اتَّحدا جنساً من حيث الماليةُ.

ولهما[٣]: أن المجانسةَ في الأولِ ثابتةٌ من حيث الثمنيةُ، وهذا في الدينار ظاهرٌ، والمكيلُ والموزونُ: أوصافُهما أثمانٌ.

أما الثوبُ: فليس بثمنٍ أصلاً، ولهذا لا يجبُ بمطلَقِ عقدِ المعاوضة، وما يكون ثمناً: صَلُحَ أن يكونَ مقدِّراً للدراهم، فصار بقَدْره مستثنىً من الدراهم، وما لا يكون ثمناً: لا يَصلُحُ مقدِّراً، فبقيَ المستثنىٰ من الدراهم مجهولاً، فلا يصحُّ.

قال: (ومَن أقرَّ بحَقٍّ[٤]، وقال: إن شاء الله متصلاً بإقراره: لم يلزَمْه الإقرارُ)؛ لأن الاستثناءَ بمشيئة الله تعالىٰ إما إبطالٌ، أو تعليقٌ:

---

(١) أي في الوجهين. البناية ١٢/٢٨٤، وفي حاشية نسخة ٩٨١هـ قال: أي في الفصلين، أي في الدينار والحنطة والثوب. اهـ

(٢) المهذب ٣/ ٤٨٠.

(٣) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(٤) وفي نُسَخٍ: بشيءٍ.

ومَن أقرَّ بدارٍ، واستثنىٰ بناءَها لنفسه: فللمُقَرِّ له الدارُ والبناءُ.

ولو قال: بناءُ هذه الدارِ لي، والعَرْصةُ لفلانٍ: فهو كما قال.

فإن كان الأولَ: فقد بطل، وإن كان الثاني: فكذلك، إمَّا لأن الإقرارَ لا يحتملُ التعليقَ بالشرط، أو لأنه شَرْطٌ لا يُوقَفُ عليه، كما ذكرنا في الطلاق.

بخلاف ما إذا قال: لفلانٍ عليَّ مائةُ درهمٍ إذا مِتُّ، أو إذا جاء رأسُ الشهر، أو إذا أفطر الناسُ؛ لأنه في معنىٰ بيان المدة، فيكون تأجيلاً، لا تعليقاً، حتىٰ لو كَذَّبه المقَرُّ له في الأجل: يكون المالُ حالاً.

قال: (ومَن أقرَّ بدارٍ، واستثنىٰ بناءَها لنفسه: فللمُقَرِّ له الدارُ والبناءُ)؛ لأن البناءَ داخلٌ في هذا الإقرار معنى[1]، لا لفظاً، والاستثناءُ تصرُّفٌ في الملفوظ.

والفَصُّ في الخاتَم، والنخلةُ في البستان: نظيرُ البناءِ في الدار؛ لأنه يدخلُ فيه تَبَعاً، لا لفظاً.

بخلاف ما إذا قال: إلا ثُلُثَها، أو إلا بيتاً منها؛ لأنه داخلٌ فيه لفظاً.

قال: (ولو قال: بناءُ هذه الدارِ لي، والعَرْصةُ لفلانٍ: فهو كما قال)؛ لأن العَرْصةَ عبارةٌ عن البُقْعة[2]، دون البناء، فكأنه قال: بياضُ هذه الأرض، دونَ البناءِ لفلان.

---

(١) وفي نُسخ: تَبَعاً.

(٢) أي الخالية عن البناء والشجر.

ولو قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه، ولم أقبِضْه، فإن ذَكَرَ عبداً بعَيْنه: قيل للمُقَرِّ له: إن شئتَ فسلِّمِ العبدَ، وخُذِ الألفَ، وإلا: فلا شيءَ لك.

بخلاف ما إذا قال مكانَ: العَرْصة: أرضاً: حيث يكون البناءُ للمُقَرِّ له؛ لأن الإقرارَ بالأرض إقرارٌ بالبناء، كالإقرار بالدار.

قال: (ولو قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه، ولم أقبِضْه، فإن ذَكَرَ عبداً بعَيْنه: قيل للمُقَرِّ له: إن شئتَ فسلِّمِ العبدَ، وخُذِ الألفَ، وإلا: فلا شيءَ لك).

قال المصنِّفُ رحمه الله: هذا علىٰ وجوهٍ:

أحدُها: هذا، وهو أن يُصدِّقَه، ويُسلِّمَ العبدَ.

وجوابُه: ما ذكرنا[١]، لأن الثابتَ بتصادقهما: كالثابت معاينةً.

والثاني: أن يقولَ المُقَرُّ له: العبدُ عبدُكَ، ما[٢] بِعتُكَه، وإنما بعتُكَ عبداً غيرَ هذا، وسلَّمتُه.

وفيه المالُ لازمٌ علىٰ المقِرِّ؛ لإقراره به عند سلامةِ العبدِ له، وقد سَلِمَ، فلا يُبالَىٰ باختلاف السببِ بعد حصولِ المقصود.

والثالثُ: أن يقولَ[٣]: العبدُ عبدي، ما بعتُكَه.

---

(١) وهو أن يُقال للمقر له: إن شئتَ فسلِّم العبدَ، وخُذِ الألفَ، وإلا: فلا شيء لك. البناية ١٢/٢٨٩.

(٢) لفظ: ما: نافية. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٣) أي المقَرُّ له.

وإن قال: مِن ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه، ولم يُعيِّنْه: لَزِمَه الألفُ.

ولا يُصدَّقُ في قوله: ما قبضتُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إن وَصَلَ: صُدِّقَ، ولم يلزَمْه شيءٌ.

وحُكْمُه: أن لا يلزمَ المقِرَّ شيءٌ؛ لأنه ما أقرَّ بالمال إلا عوضاً عن العبد، فلا يلزمُه دونه.

ولو قال مع ذلك: إنما بعتُكَ غيرَه: يتحالفان؛ لأن المقِرَّ يدعي تسليمَ مَن عيَّنه، والآخَرُ يُنكِرُ، والمُقَرُّ له يدعي عليه الألفَ ببيعِ غيره، والآخَرُ يُنكِرُ، وإذا تحالفا: بَطَلَ المالُ، هذا إذا ذَكَرَ عبداً بعَيْنه.

قال: (وإن قال: مِن ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه، ولم يُعيِّنْه: لَزِمَه الألفُ.

ولا يُصدَّقُ في قوله: ما قبضتُ عند أبي حنيفة رحمه الله)، وَصَلَ أم فَصَلَ؛ لأنه رجوعٌ، فإنه أقرَّ بوجوب المال؛ رجوعاً إلىٰ كلمة: عليَّ، وإنكارُه القبضَ في غيرِ المعيَّن: ينافي الوجوبَ أصلاً؛ لأن الجهالةَ مقارِنةً كانت أو طارئةً، بأن اشترىٰ عبداً، ثم نَسِيَاه عند الاختلاط بأمثاله: توجِبُ هلاكَ المبيع ها هنا[1]، فيمتنعُ وجوبُ نقدِ الثمن، وإذا كان كذلك: كان رجوعاً، فلا يصحُّ وإن كان موصولاً.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إن وَصَلَ: صُدِّقَ، ولم يلزَمْه شيءٌ).

---

(١) وفي نُسخ: معنىً.

وكذا لو قال : مِن ثمنِ خمرٍ، أو خنزيرٍ : لَزِمَه الألفُ، ولم يُقبَلْ تفسيرُه.

وإن فَصَلَ: لم يُصدَّق إذا أنكر المقَرُّ له أنْ يكون ذلك من ثمن عبدٍ بِيْعَ.

وإن أقرَّ أنه باعه متاعاً: فالقولُ قولُ المقِرِّ.

ووجهُ ذلك: أنه أقرَّ بوجوب المالِ عليه، وبيَّن سبباً، وهو البيعُ، فإن وافقه الطالبُ في السبب، وبه لا يتأكد الوجوبُ إلا بالقبض، والمقِرُّ يُنكِرُه: فيكون القولُ له.

وإن كذَّبه في السبب: كان هذا من المقِرِّ بياناً مغيِّراً؛ لأن صَدْرَ كلامِه[1]: للوجوب مطلقاً، وآخِرَه: يحتملُ انتفاءَه علىٰ اعتبارِ عدمِ القبض، والمغيِّرُ يصحُّ موصولاً، لا مفصولاً.

ولو قال: ابتَعْتُ منه مبيعاً[2]، إلا أني لم أقبِضْه: فالقولُ قولُه، بالإجماع؛ لأنه ليس من ضرورة البيعِ القبضُ، بخلاف الإقرارِ بوجوب الثمن.

قال: (وكذا[3] لو قال: مِن ثمنِ خمرٍ، أو خنزيرٍ).

ومعنىٰ المسألة: إذا قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ خمرٍ أو خنزيرٍ: (لَزِمَه الألفُ، ولم يُقبَلْ تفسيرُه) عند أبي حنيفة رحمه الله، وَصَلَ أم فَصَلَ؛ لأنه رجوعٌ؛ لأن ثمنَ الخمر والخنزيرِ لا يكون واجباً، وأولُ كلامِه للوجوب.

---

(١) وفي نُسخ: الكلام.

(٢) وفي نُسخ: عَيْناً، وفي أخرىٰ: شيئاً.

(٣) أي علىٰ هذا الخلاف.

ولو قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ متاعٍ، أو قال: أقرَضَني ألفَ درهمٍ، ثم قال: هي زُيوفٌ أو نَبَهْرَجَةٌ، وقال المقَرُّ له: هي جِيادٌ: لَزِمَه الجيادُ في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن قال موصولاً: يُصدَّقُ، وإن قال مفصولاً: لا يُصدَّقُ.

وقالا: إذا وَصَلَ: لا يلزمُه شيءٌ؛ لأنه بيَّنَ بآخِرِ كلامِه أنه ما أراد به الإيجابَ، وصار كما إذا قال في آخِرِه: إن شاء الله تعالىٰ.

قلنا: ذاك تعليقٌ، وهذا إبطالٌ.

قال: (ولو قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ من ثمنِ متاعٍ، أو قال: أقرَضَني ألفَ درهمٍ، ثم قال: هي زُيوفٌ أو نَبَهْرَجَةٌ، وقال المقَرُّ له: هي جِيادٌ: لَزِمَه الجيادُ في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن قال موصولاً: يُصدَّقُ، وإن قال مفصولاً: لا يُصدَّقُ).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا قال: هي سَتُّوقةٌ، أو رصاصٌ.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا قال: إلا[1] أنها زُيوفٌ.

وعلىٰ هذا: إذا قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ زُيوفٌ من ثمنِ متاعٍ.

لهما: أنه بيانٌ مغيِّرٌ، فيصحُّ بشرط الوصل، كالشرط والاستثناء، وهذا لأن اسمَ الدراهمِ يحتملُ الزُّيوفَ بحقيقته، والسَّتُّوقةَ بمجازه، إلا أن مطلَقَه ينصرفُ إلىٰ الجِيَاد، فكان بياناً مغيِّراً من هذا الوجه، وصار كما إذا قال: إلا أنها وزنُ خمسةٍ.

---

(١) أي إذا قال: لفلان عليَّ ألفُ درهم إلا أنها زُيوفٌ.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن هذا رجوعٌ؛ لأن مطلقَ العقدِ يقتضي السلامةَ عن العيب، والزِّيافةُ[١] عيبٌ، ودعوىٰ العيبِ رجوعٌ عن بعض موجَبِه، وصار كما إذا قال: بعتُكَه مَعِيباً، وقال المشتري: بعتَنِيه سليماً: فالقولُ للمشتري؛ لِمَا بيَّنَّا.

والسَّتُّوقةُ ليست من جنس الأثمان، والبيعُ يَرِدُ علىٰ الثمن، فكان رجوعاً.

وقوله: إلا أنها وزنُ خمسةٍ: يصحُّ استثناءً؛ لأنه مقدارٌ، بخلاف الجَوْدة؛ لأن استثناءَ الوصفِ لا يجوزُ، كاستثناء البناءِ في الدار.

وهذا بخلاف ما إذا قال: لفلانٍ عليَّ كُرُّ حنطةٍ من ثمنِ عبدٍ، إلا أنها رديئةٌ؛ لأن الرداءةَ نوعٌ، لا عيبٌ، فمطلَقُ العقدِ لا يقتضي السلامةَ عنها.

وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير روايةِ الأصول[٢] في القرض: أنه يُصَدَّقُ في الزيوف إذا وَصَلَ؛ لأن القرضَ يوجِبُ رَدَّ مِثْلِ المقبوض، وقد يكون زَيِّفاً، كما في الغصب.

وَجْهُ الظاهر: أن التعاملَ بالجِيَاد، فانصرف مُطلَقُه إليها.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ زُيوفٍ، ولم يَذكرِ البيعَ والقرضَ: قيل: يُصدَّقُ، بالإجماع؛ لأن اسمَ الدراهم يتناولُها.

---

(١) الزيافة: من لغة الفقهاء. المغرب ١/٣٧٧، وقد جاءت في نُسخٍ بفتح الزاي، وفي أخرىٰ بكسرها.

(٢) أي في غير ظاهر الرواية.

ولو قال: اغتصبتُ منه ألفاً، أو قال: أودَعَني ألفاً، ثم قال: هي زُيوفٌ، أو نَبَهْرجةٌ: صُدِّقَ.

وإن قال في هذا كلِّه: ألفاً، ثم قال: إلا أنه يَنقُصُ كذا: لم يُصدَّق إن فَصَلَ، وإن وَصَلَ: صُدِّقَ.

وقيل: لا يُصدَّقُ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن مطلقَ الإقرارِ يَنصرفُ إلىٰ العقود؛ لتعيُّنها مشروعةً، لا إلىٰ الاستهلاكِ المُحَرَّم.

قال: (ولو قال: اغتصبتُ[1] منه ألفاً، أو قال: أودَعَني ألفاً، ثم قال: هي زُيوفٌ، أو نَبَهْرجةٌ: صُدِّق)، وَصَلَ أم فَصَلَ؛ لأن الإنسانَ قد يَغصِبُ ما يجدُ، ويُودِعُ ما يملِكُ، فلا مقتضىٰ له في الجِياد، ولا تعاملَ، فيكونُ بيانَ النوعِ، فيصحُّ وإن فَصَلَ، ولهذا لو جاء رادُّ المغصوبِ والوديعةِ بالعيب: كان القولُ قولَه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُصدَّقُ فيه مفصولاً؛ اعتباراً بالقرض، إذِ القبضُ فيهما هو الموجِبُ للضمان.

ولو قال: هي ستُّوقَةٌ أو رصاصٌ بعد ما أقرَّ بالغصب والوديعة، ووَصَلَ: صُدِّقَ، وإن فَصَلَ: لم يُصَدَّق؛ لأن الستُّوقةَ ليست من جنسِ الدراهم، لكنَّ الاسمَ يتناولُها مجازاً، فكان هذا بياناً مغيِّراً، فلا بدَّ من الوصل.

قال: (وإن قال في هذا كلِّه[2]: ألفاً، ثم قال: إلا أنه يَنقُصُ كذا: لم يُصدَّق إن فَصَلَ، وإن وَصَلَ: صُدِّقَ).

---

(١) وفي نُسخ: غصبتُ. بدون ألف.

(٢) أي فيما ذُكر من البيع والقرض والغصب والإيداع. البناية ١٢/٢٩٦.

ومَن أقرَّ بغصبِ ثوبٍ، ثم جاء بثوبٍ مَعيبٍ : فالقولُ قولُه .

ومَن قال لآخَرَ : أخذتُ منكَ ألفَ درهمٍ وديعةً، فهلكَتْ، فقال : لا ، بل أخذتَها غصباً : فهو ضامِنٌ .

وإن قال : أعطيتَنِيْها وديعةً، فهَلَكَتْ، فقال : لا ، بل غصبتَنِيها : لم يَضمن .

لأن هذا استثناءُ المقدار، والاستثناءُ يصحُّ موصولاً، لا مفصولاً.

بخلاف الزِّيافة؛ لأنها وَصْفٌ، واستثناءُ الأوصافِ لا يصحُّ[1]، واللفظُ يتناولُ المقدارَ، دونَ الوصف، وهو تصرُّفٌ لفظيٌّ، كما بيَّنَّا.

ولو كان الفصلُ ضرورةَ انقطاعِ الكلامِ بانقطاع نَفَسِه: فهو واصلٌ؛ لعدم إمكانِ الاحترازِ عنه.

قال: (ومَن أقرَّ بغصبِ ثوبٍ، ثم جاء بثوبٍ مَعيبٍ: فالقولُ قولُه)؛ لأن الغصبَ لا يُختَصُّ بالسليم.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: أخذتُ منكَ ألفَ درهمٍ وديعةً، فهلكَتْ، فقال: لا ، بل أخذتَها غصباً: فهو ضامِنٌ.

وإن قال: أعطيتَنِيْها وديعةً، فهَلَكَتْ، فقال: لا ، بل غصبتَنِيها: لم يَضمن).

والفَرْقُ: أنَّ في الفصلِ الأولِ أقرَّ بسببِ الضمان، وهو الأخذُ، ثم ادعىٰ ما يُبرِئه، وهو الإذنُ، والآخَرُ يُنكِرُه، فيكونُ القولُ له، مع اليمين، إلا أن يَنكُلَ عن اليمين: فيُقضىٰ عليه بالنكول.

---

(١) قوله: واستثناء الأوصاف لا يصح: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن قال: هذه الألفُ كانت وديعةً لي عند فلانٍ، فأخذتُها منه، فقال فلانٌ: هي لي: فإنه يأخذُها.

ولو قال: آجَرْتُ دابَّتي هذه فلاناً، فركِبَها، وردَّها، أو قال: . . . . .

وفي الثاني: أضاف الفعلَ إلىٰ غيره، وذاك يدعي عليه سببَ الضمان، وهو الغصبُ، فكان القولُ لمنكِره، مع اليمين، والقبضُ في هذا: كالأخذ، والدفعُ: كالإعطاء.

فإن قال قائلٌ: إعطاؤه والدفعُ إليه لا يكون إلا بقَبْضه.

فنقول: قد يكون بالتخلية والوضعِ بين يديه.

ولو اقتضىٰ ذلك: فالمقتضَىٰ[1] ثابتٌ ضرورةً، فلا يَظهرُ في انعقاده سببُ الضمان.

وهذا بخلاف ما إذا قال: أخذتُها منكَ وديعةً، وقال الآخَرُ: لا، بل قرضاً، حيث يكونُ القولُ للمقِرِّ وإنْ أقرَّ بالأخذ؛ لأنهما توافقا هنالك علىٰ أنَّ الأخذَ كان بالإذن، إلا أن المقَرَّ له يدَّعي سببَ الضمان، وهو القرضُ، والآخَرُ يُنكِرُه، فافترقا.

قال: (وإن قال: هذه الألفُ كانت وديعةً لي عند فلانٍ، فأخذتُها منه، فقال فلانٌ: هي لي: فإنه يأخذُها)؛ لأنه أقرَّ باليد له، ثم ادَّعىٰ استحقاقَها عليه، وهو يُنكِرُ، فالقولُ للمنكِر.

قال: (ولو قال: آجَرْتُ[2] دابَّتي هذه فلاناً، فركِبَها، وردَّها، أو قال:

---

(١) وهو القبض.

(٢) وفي نُسخ: أعَرْتُ.

آجَرْتُ ثوبي هذا فلاناً، فلَبِسَه، ثم رَدَّه عليَّ، وقال فلانٌ: كذبتَ، وهما لي: فالقولُ قولُه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: القولُ قولُ الذي أُخِذَتْ منه الدابةُ والثوبُ

آجَرْتُ ثوبي هذا فلاناً، فلَبِسَه، ثم رَدَّه عليَّ، وقال فلانٌ: كذبتَ، وهما لي: فالقولُ قولُه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: القولُ قولُ الذي أُخِذَتْ منه الدابةُ، والثوبُ)، وهو القياسُ.

وعلىٰ هذا الخلاف: الإعارةُ[1]، والإسكان.

ولو قال: خاط فلانٌ ثوبي هذا بنصفِ درهمٍ، ثم قبضتُه، وقال فلانٌ: الثوبُ ثوبي: فهو علىٰ هذا الاختلاف، في الصحيح.

وجهُ القياس: ما بيَّنَّاه في الوديعة.

ووجهُ الاستحسان، وهو الفرق: أن اليدَ في الإجارة والإعارةِ ضروريةٌ، تَثبتُ ضرورةَ استيفاءِ المعقود عليه، وهو المَنافعُ، فيكون عَدَماً فيما وراءَ الضرورة، فلا يكونُ إقراراً له باليد مطلقاً.

بخلاف الوديعة؛ لأن اليدَ فيها مقصودةٌ، والإيداعُ: إثباتُ اليد قَصْداً، فيكون الإقرارُ به اعترافاً باليد للمودَع.

ووجهٌ آخَر: أن في الإجارةِ والإعارةِ والإسكانِ أقرَّ بيدٍ ثابتةٍ من جهته، فيكونُ القولُ قولَه مع يمينه[2] في كيفيته[3].

---

(١) وفي نُسخ: الإجارة.

(٢) مع يمينه: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) أي في كيفية ثبوت اليد بأي طريق كان. البناية ١٢/ ٣٠٠.

. . . .

ولا كذلك في مسألةِ الوديعة؛ لأنه قال فيها: كانت وديعةً، وقد تكون من غير صُنْعه، حتىٰ لو قال: أودعتُها: كان علىٰ هذا الخلاف.

وليس مَدَارُ الفرقِ علىٰ ذِكْرِ الأَخْذِ في طَرَفِ الوديعة، وعَدَمِه في الطرفِ الآخَر، وهو الإجارةُ وأختاه؛ لأنه ذَكَرَ الأخذَ في وَضْع الطرفِ الآخَرِ في كتاب الإقرار أيضاً.

وهذا بخلاف ما إذا قال: اقتضيتُ[1] من فلانٍ ألفَ درهمٍ كانت لي عليه، أو أقرضتُه ألفاً، ثم أخذتُها منه، وأنكر المقَرُّ له، حيث يكون القولُ قولَه؛ لأن الديونَ تُقضَىٰ بأمثالها، وذلك إنما يكون بقبضٍ مضمونٍ، فإذا أقرَّ بالاقتضاء: فقد أقرَّ بسبب الضمان، ثم ادعىٰ تملُّكَه عليه بما يدَّعيه من الدين مُقَاصَّةً، والآخَرُ يُنكِرُه.

أما ها هنا: المقبوضُ عينُ ما ادَّعىٰ فيه الإجارةَ وما أشبهها، فافترقا.

ولو أقرَّ أن فلاناً زَرَعَ هذه الأرضَ، أو بنىٰ هذه الدارَ، أو غَرَسَ هذا الكَرْمَ، وذلك كلُّه في يد المقِرِّ، فادَّعاها فلانٌ، وقال المقِرُّ: لا، بل ذلك كلُّه لي، استعنتُ بك، ففعلتَ، أو فعلتَه بأجر: فالقولُ للمقِرِّ.

لأنه ما أقرَّ له باليد، وإنما أقرَّ بمجرد فعلٍ منه، وقد يكونُ ذلك في ملكٍ في يدِ المقِرِّ.

---

(١) أي قبضتُ.

. . . .

وصار كما إذا قال: خاط ليَ الخيَّاطُ قميصي هذا بنصف درهمٍ، ولم يَقُل: قبضتُه منه: لم يكنْ إقراراً باليد، ويكونُ القولُ للمقِرِّ، لِمَا أنه أقرَّ بفعلٍ منه، وقد يَخيطُ ثوباً في يد المقِرِّ، كذا هذا، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب

إقرار المريض

وإذا أقرَّ الرجلُ في مرضِ موتِه بديونٍ، وعليه ديونٌ في صحتِه، وديونٌ لزمَتْه في مرضِه بأسبابٍ معلومةٍ : فدَيْنُ الصحةِ، والدَّينُ المعروفُ الأسبابِ مُقدَّمٌ.

باب إقرار المريض

قال: (وإذا أقرَّ الرجلُ في مرضِ موتِه بديونٍ، وعليه ديونٌ في صحتِه، وديونٌ لزمَتْه في مرضِه بأسبابٍ معلومةٍ: فدَيْنُ الصحةِ، والدَّينُ المعروفُ الأسبابِ مُقدَّمٌ).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: دَيْنُ الصحة ودينُ المرض يستويان؛ لاستواءِ سببهما، وهو الإقرارُ الصادرُ عن عقلٍ ودِيْنٍ، ومَحَلُّ الوجوب: الذمةُ القابلةُ للحقوق، فصار كإنشاء التصرفِ مبايعةً ومناكحةً.

ولنا: أن الإقرارَ لا يُعتبرُ دليلاً إذا كان فيه إبطالُ حقِّ الغير، وفي إقرار المريض: ذلك؛ لأن حَقَّ غرماءِ الصحةِ تعلَّقَ بهذا المال استيفاءً، ولهذا يُمنَعُ من التبرُّعِ والمُحاباةِ إلا بقَدْر الثلث.

---

(١) روضة الطالبين ٤/٣٥٤.

. . . .

بخلاف النكاح؛ لأنه من الحوائجِ الأصليةِ، وهو بمهر المِثل.

وبخلاف المبايعةِ بمثل القيمة؛ لأنَّ حَقَّ الغرماءِ تعلَّقَ بالمالية، لا بالصورة، وفي حالة الصحة: لم يتعلَّقْ حقُّهم في المال؛ لقدرته علىٰ الاكتساب، فيتحقَّقُ التثميرُ، وهذه حالةُ العَجْزُ، وحالتا المرضِ[1]: حالةٌ واحدةٌ؛ لأنه حالةُ الحَجْرِ، بخلاف حالتَي الصحةِ والمرض؛ لأن الأُولىٰ حالةُ إطلاقٍ، وهذه حالةُ عَجْزٍ[2]، فافترقا.

وإنما تُقدَّمُ الديونُ المعروفةُ الأسباب: لأنه لا تُهمةَ في ثبوتها، إذِ المعايَنُ لا مَرَدَّ له، وذلك مثلُ بدلِ مالٍ مَلَكَه أو استهلكه، وعُلِمَ وجوبُه بغير إقراره، أو تزوَّج امرأةً بمهر مِثلها، وهذا الدَّيْنُ مثلُ دَيْنِ الصحة لا يُقدَّمُ أحدُهما علىٰ الآخَر؛ لِمَا بيَّنَّا.

ولو أقرَّ[3] بعَيْنٍ في يده لآخَرَ: لم يصحَّ في حقِّ غرماء الصحة؛ لتعلُّقِ حقِّهم به، ولا يجوزُ للمريض أن يقضِيَ دينَ بعضِ الغرماء دونَ البعض؛ لأن في إيثار البعض: إبطالَ حَقِّ الباقين.

وغرماءُ الصحة والمرضِ في ذلك: سواءٌ، إلا إذا قَضىٰ ما استقرَضَ في مرضه، أو نَقَدَ ثمنَ ما اشترىٰ في مرضه، وقد عُلِمَ وجوبُه بالبينة.

---

(١) أي حالة أول المرض، وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت. البناية ١٢/٣٠٥.

(٢) وفي نُسخ: حَجْر.

(٣) أي المريض.

فإذا قُضِيَتْ، وفَضَلَ شيءٌ: يُصرَفُ إلىٰ ما أقرَّ به في حالةِ المرض.

وإن لم تكن عليه ديونٌ في صحته: جاز إقرارُه، وكان المقَرُّ له أَوْلىٰ من الورثة.

ولو أقرَّ المريضُ لوارثه: لا يصحُّ إلا أن يُصدِّقَه فيه بقيةُ الورثةِ.

قال: (فإذا قُضِيَتْ)، يعني الديونُ المُقدَّمةُ[1]، (وفَضَلَ شيءٌ: يُصرَفُ إلىٰ ما أقرَّ به في حالةِ المرض)؛ لأن الإقرارَ في ذاته صحيحٌ، وإنما رُدَّ في حقِّ غرماء الصحة، فإذا لم يَبْقَ حقُّهم: ظَهَرتْ صحتُه.

قال: (وإن لم تكن عليه ديونٌ في صحته: جاز إقرارُه)؛ لأنه لم يتضمَّن إبطالَ حقِّ الغير.

(وكان المقَرُّ له أولىٰ من الورثة)؛ لقول عمر رضي الله عنه: «إذا أقرَّ المريضُ بدَيْنٍ: جاز ذلك عليه في جميع تَرِكَتِه»[2].

ولأن قضاءَ الدَّين: من الحوائج الأصلية، وحقُّ الورثة يتعلَّقُ بالتركة بشرط الفراغ، ولهذا تُقدَّمُ حاجتُه في التكفين.

قال: (ولو أقرَّ المريضُ لوارثه: لا يصحُّ إلا أن يُصدِّقَه فيه بقيةُ الورثةِ).

وقال الشافعي رحمه الله في أحدِ قولَيْه[3]: يصحُّ لأنه إظهارُ حَقٍّ

---

(١) وفي نُسخ: بالنصب: الديونَ المقدمةَ.

(٢) قال في الدراية ٢/١٨٠: لم أجده، واستدرك العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٢ بقوله: قلت: رواه محمد بن الحسن في الأصل.

(٣) المجموع ٢٠/٢٩٤.

. . . .

ثابتٍ؛ لترجُّح جانبِ الصدقِ فيه، وصار كالإقرار له بالدَّين لأجنبيٍّ، وبوارثٍ آخَرَ، وبوديعةٍ مستهلَكَةٍ للوارث.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصيةَ لوارثٍ، ولا إقرارَ له بالدَّيْن»(١).

ولأنه تعلَّقَ حَقُّ الورثةِ بمالِه في مرضه، ولهذا يُمنَعُ من التبرع علىٰ الوارثِ أصلاً، ففي تخصيصِ البعضِ به: إبطالُ حَقِّ الباقين.

ولأن حالةَ المرضِ: حالةُ الاستغناءِ(٢)، والقرابةُ سببٌ للتعلُّق، إلا أنَّ هذا التعلُّقَ لم يَظهَر في حَقِّ الأجنبي؛ لحاجته إلىٰ المعاملةِ معه في حالة الصحة؛ لأنه لو انحجَرَ عن الإقرارِ بالمرض: يَمتنعُ الناسُ عن المعاملة معه، وقلَّما تقعُ المعاملةُ مع الوارث، ولم يظهَرْ(٣) في حَقِّ الإقرار بوارثٍ آخَرَ؛ لحاجته أيضاً.

---

(١) الشطر الأول: لا وصية لوارث: في سنن الترمذي (٢١٢٠)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٢٨٧٠)، سنن ابن ماجه (٢٧١٣)، التلخيص الحبير ٣/٩٢.

وأما تمام الحديث كما أورده المؤلف: ففي سنن الدارقطني (٤٢٩٨)، وبنفس الطريق في سنن البهيقي (١١٤٥٩)، وهو مرسلٌ، ووَصَلَه أبو نعيم في تاريخ أصبهان ١/٢٧٣ في ترجمة أشعث بن شداد، بذِكر جابر بن عبد الله فيه، وفيه: نوح بن دراج: ضعيفٌ، ينظر الدراية ٢/١٨٠، التعريف والإخبار ٤/١٥٥.

(٢) أي عن المال والنكاح.

(٣) أي التعلُّق.

وإذا أقرَّ لأجنبيٍّ : جاز وإن أحاط بمالِه .

ومَن أقرَّ لأجنبيٍّ في مرضه، ثم قال : هو ابني : ثَبَتَ نسبُه منه، وبَطَلَ إقرارُه له .

فإن أقرَّ لأجنبيةٍ، ثم تزوَّجها : لم يبطل إقرارُه لها .

ثم هذا التعلُّقُ[١] حَقُّ بقيةِ الورثة، فإذا صدَّقوه: فقد أبطلوه، فصَحَّ إقرارُه.

قال: (وإذا أقرَّ لأجنبيٍّ: جاز وإن أحاط بمالِه)؛ لِمَا بيَّنَّا.

والقياسُ: أن لا يجوزَ إلا في الثُلُث؛ لأن الشرعَ قَصَرَ تصرُّفه عليه، إلا أنا نقولُ: لَمَّا صحَّ إقرارُه في الثلث: جاز له التصرُّفُ في ثلث الباقي؛ لأنه الثلثُ بعد الدَّيْن، ثم، وثم، حتىٰ يأتيَ علىٰ الكلِّ.

قال: (ومَن أقرَّ لأجنبيٍّ في مرضه، ثم قال: هو ابني: ثَبَتَ نسبُه منه، وبَطَلَ إقرارُه له.

فإن أقرَّ لأجنبيةٍ، ثم تزوَّجها: لم يبطل إقرارُه لها).

ووجهُ الفرق: أن دِعوةَ النَّسبِ تستندُ إلىٰ وقتِ العُلُوق، فتبيَّن أنه أقرَّ لابنِه، فلا يصحُّ، ولا كذلك الزوجيةُ؛ لأنها تقتصرُ علىٰ زمان التزوُّج[٢]، فبقيَ إقرارُه لأجنبية.

---

(١) أي الإقرار بالدين.

(٢) وفي نُسخ: زمان الإقرار.

ومَن طلَّق زوجتَه في مرضِه ثلاثاً، ثم أقرَّ لها بدَيْنٍ، ومات: فلها الأقلُّ من الدَّيْن ومن ميراثِها منه.

قال: (ومَن طلَّق زوجتَه في مرضِه ثلاثاً، ثم أقرَّ لها بدَيْنٍ، ومات: فلها الأقلُّ من الدَّيْن ومن ميراثِها منه).

لأنهما متَّهمان فيه؛ لقيام العِدَّة، وبابُ الإقرار مسدودٌ للورثة، فلعله أقدَمَ علىٰ هذا الطلاقِ ليصحَّ إقرارُه لها؛ زيادةً علىٰ ميراثها، ولا تهمةَ في أقلِّ الأمرَيْن[1]، فيثبتُ[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: المالَيْن.

(٢) أي الأقل.

فصلٌ

ومَن أقرَّ بغلامٍ يولَدُ مثلُه لمثلِه، وليس له نَسَبٌ معروفٌ أنه ابنُه، وصَدَّقه الغلامُ: ثَبَتَ نسبُه منه وإن كان مريضاً، ويشارِكُ الورثةَ في الميراث.

فصلٌ

في الإقرار بالنَّسَب

قال: (ومَن أقرَّ بغلامٍ يولَدُ مثلُه لمثلِه، وليس له نَسَبٌ معروفٌ أنه ابنُه، وصَدَّقه الغلامُ: ثَبَتَ نسبُه منه وإن كان مريضاً)؛ لأن النسبَ مما يلزمُه خاصةً، فيصحُّ إقرارُه به.

وشَرَطَ[(١)] أن يُولَدَ مثلُه لمثلِه: كي لا يكون مكذَّباً في الظاهر.

وشَرَطَ أن لا يكونَ له نسبٌ معروفٌ: لأنه يَمنعُ ثبوتَه من غيره.

وإنما شَرَطَ تصديقَ الغلام: لأنه في يدِ نفسه، إذِ المسألةُ في غلامٍ يُعبِّرُ عن نفسِه، بخلاف الصغير، على ما مَرَّ من قبلُ.

ولا يمتنعُ[(٢)] بالمرض؛ لأن النسبَ من الحوائج الأصلية.

قال: (ويشارِكُ الورثةَ في الميراث)؛ لأنه لَمَّا ثبتَ نسبُه منه: صار كالوارث المعروف، فيشارِكُ ورثتَه في الميراث.

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله.

(٢) أي ثبوت النسب.

ويجوز إقرارُ الرجلِ بالوالدين، والولدِ، والزوجةِ، والمولَىٰ.

ويُقبَلُ إقرارُ المرأةِ بالوالدَيْن، والزوجِ، والمولىٰ.

ولا يُقبلُ بالولد إلا أن يُصدِّقَها الزوجُ، أو تشهدَ بولادتها قابِلَةٌ.

قال: (ويجوز إقرارُ الرجلِ بالوالدين، والولدِ، والزوجةِ، والمولَىٰ[1])؛ لأنه أقرَّ بما يلزمُه، وليس فيه تحميلُ النسب علىٰ الغير.

قال: (ويُقبَلُ إقرارُ المرأةِ بالوالدَيْن، والزوجِ، والمولىٰ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولا يُقبلُ[2] بالولد)؛ لأن فيه تحميلَ النسبِ علىٰ الغير، وهو الزوجُ؛ لأن النسبَ منه، (إلا أن يُصدِّقَها الزوجُ)؛ لأن الحَقَّ له.

(أو تشهدَ بولادتها قابِلَةٌ)؛ لأن قولَ القابِلَةِ في هذا مقبولٌ، وقد مَرَّ في الطلاق.

وقد ذكرنا في إقرار المرأةِ تفصيلاً في كتاب الدعوىٰ، ولا بدَّ من تصديق هؤلاء.

ويصحُّ التصديقُ[3] في النسب بعد موت المقِرِّ؛ لأن النسبَ يبقىٰ بعد الموت.

وكذا يصحُّ تصديقُ الزوجة بعد موته؛ لأن حُكْمَ النكاحِ[4] باقٍ.

---

(١) أي المعتِق.

(٢) أي إقرار المرأة.

(٣) أي تصديق المقَرِّ له.

(٤) وهو الإرث والعدة.

ومَن أقرَّ بنسبٍ من غير الوالدين والولدِ، نحوَ الأخِ، والعَمِّ: لا يُقبلُ إقرارُه في النسب.

فإن كان له وارثٌ معروفٌ، قريبٌ أو بعيدٌ: فهو أَوْلىٰ بالميراث من المُقَرِّ له، وإن لم يكن له وارثٌ معروفٌ: استَحَقَّ المقَرُّ له ميراثَه.

وكذا يصحُّ تصديقُ الزوجِ بعد موتها؛ لأن الإرثَ من أحكامه.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يصحُّ؛ لأن النكاحَ انقطع بالموت، ولهذا لا يَحِلُّ له غَسْلُها عندنا.

ولا يصحُّ التصديقُ علىٰ اعتبار الإرث؛ لأنه[1] معدومٌ حالةَ الإقرار، وإنما يثبتُ بعد الموت، والتصديقُ يستندُ إلىٰ أول الإقرار.

قال: (ومَن أقرَّ بنسبٍ من غير الوالدين والولدِ، نحوَ الأخِ، والعَمِّ: لا يُقبلُ إقرارُه في النسب)؛ لأن فيه حَمْلَ النسبِ علىٰ الغير.

قال: (فإن كان له وارثٌ معروفٌ، قريبٌ أو بعيدٌ: فهو أَوْلىٰ بالميراث من المُقَرِّ له)؛ لأنه لَمَّا لم يثبتْ نسبُه منه: لا يزاحِمُ الوارثَ المعروفَ.

(وإن لم يكن له وارثٌ معروفٌ: استَحَقَّ المقَرُّ له ميراثَه)؛ لأن له ولايةَ التصرُّفِ في مالِ نفسِه عند عدم الوارث؛ ألا يُرىٰ أنَّ له أن يُوصِيَ بجميع مالِه عند عدم الوارث، فيَستَحِقُّ جميعَ المال وإن لم يثبتْ نسبُه منه؛ لِمَا فيه من حَمْلِ النسب علىٰ الغير.

---

(١) أي الإرث.

ومَن مات أبوه، فأقرَّ بأخٍ: لم يَثبت نسبُ أخيه، ويشاركُه في الإرث.

وليست هذه وصيةً حقيقةً، حتىٰ إن مَن أقرَّ في مرضه بأخٍ، ثم أوصىٰ لآخَرَ بجميع مالِه: كان للموصَىٰ له ثلثُ جميعِ المالِ خاصةً، والباقي للأخ.

ولو كان الأولُ وصيةً: لاشْتَرَكا نصفَيْن؛ لكنه بمنزلتها[1].

حتىٰ لو أقرَّ في مرضه بأخٍ، وصدَّقه المقَرُّ له، ثم أنكر المقِرُّ وراثتَه، ثم أوصىٰ بمالِه كلِّه لإنسانٍ: كان مالُه للموصَىٰ له.

ولو لم يوصِ لأحدٍ: كان لبيتِ المال؛ لأن رجوعَه صحيحٌ؛ لأن النسبَ لم يثبت، فبَطَلَ الإقرار.

قال: (ومَن مات أبوه، فأقرَّ بأخٍ: لم يَثبت نسبُ أخيه)؛ لِمَا بيَّنَّا[2].

(ويشاركُه في الإرث)؛ لأن إقرارَه تضمَّنَ شيئَيْن: حَمْلَ النسبِ علىٰ الغير، ولا ولايةَ له عليه.

والاشتراكَ في المال، وله فيه ولايةٌ، فيثبتُ، كالمشتري.

وإذا أقرَّ علىٰ البائع بالعتق: لم يُقبَلْ إقرارُه عليه، حتىٰ لا يَرجعُ عليه بالثمن، ولكنه يُقبَلُ في حَقِّ العتق.

---

(١) أي بمنزلة الوصية. وفي نُسخ: بمنزلته.

(٢) وهو تحميل النسب علىٰ الغير.

ومَن مات وتَرَكَ ابنَيْن، وله علىٰ آخَرَ مائةُ درهمٍ، فأقرَّ أحدُهما أن أباه قد قَبَضَ منها خمسين : فلا شيءَ للمقِرِّ، وللآخَرِ خمسونَ.

قال: (ومَن مات وتَرَكَ ابنَيْن، وله علىٰ آخَرَ مائةُ درهمٍ، فأقرَّ أحدُهما أن أباه قد قَبَضَ منها خمسين: فلا شيءَ للمقِرِّ، وللآخَرِ خمسونَ).

لأن[1] هذا أقرَّ علىٰ نفسِه وعلىٰ أخيه وعلىٰ الميت، فيصحُّ في حقِّ نفسه؛ لولايته عليها، ولا يصحُّ عليهما؛ لأن هذا إقرارٌ بالدَّيْن علىٰ الميت؛ لأن الاستيفاءَ إنما يكونُ بقَبْضٍ مضمونٍ، فإذا كذَّبه أخوه: استغرقَ الدَّيْنُ نصيبَه، كما هو المذهبُ عندنا.

غايةُ الأمر: أنهما تصادقا علىٰ كونِ المقبوضِ مشتركاً بينهما، لكنَّ المقِرَّ لو رَجَعَ علىٰ القابض بشيءٍ: لرجع القابضُ علىٰ الغريم، ورجع الغريمُ علىٰ المقِرِّ، فيؤدِّي إلىٰ الدَّوْر، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) من هنا: لأن هذا أقرَّ: إلىٰ قوله: ولا يصح عليهما: مثبتٌ في نُسَخٍ، مثل نسخة ٩٥٦هـ، وكُتب بجانب هذه الزيادة: صح صح، وفي نسخة ٩٨١هـ، و١٠٨٤هـ، دون نُسخ أخرىٰ.

كتاب الصُّلْح

الصلحُ علىٰ ثلاثةِ أضرُبٍ : صُلْحٌ مع إقرارٍ.

وصلحٌ مع سكوتٍ، وهو أن لا يُقِرَّ المدَّعىٰ عليه، ولا يُنكِرَ.

وصلحٌ مع إنكارٍ، وكلُّ ذلك جائزٌ.

كتاب الصُّلْح

قال: (الصلحُ علىٰ ثلاثةِ أضرُبٍ: صُلْحٌ مع إقرارٍ.

وصلحٌ مع سكوتٍ، وهو أن لا يُقِرَّ المدَّعىٰ عليه، ولا يُنكِرَ.

وصلحٌ مع إنكارٍ، وكلُّ ذلك جائزٌ)؛ لإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾. النساء/١٢٨.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «كلُّ صلحٍ جائزٌ فيما بين المسلمين، إلا صُلحاً أحَلَّ حراماً، أو حَرَّم حلالاً»[١].

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: لا يجوزُ مع إنكارٍ أو سكوتٍ؛ لِمَا روينا.

وهذا بهذه الصفة: لأن البدلَ كان حلالاً علىٰ الدافع، حراماً علىٰ الآخذ، فينقلِبُ الأمرُ.

---

(١) سنن أبي داود (٣٥٩٤)، سنن الترمذي (١٣٥٢)، وقال: حسن صحيح، وصححه ابن حبان (٥٠٩١)، نصب الراية ١١٢/٤، وينظر البدر المنير ١٣٩/١٧.

(٢) مغني المحتاج ١٧٩/٢.

فإن وَقَعَ الصلحُ عن إقرارٍ: اعتُبِرَ فيه ما يُعتبرُ في البِيَاعات إن وَقَعَ عن مالٍ بمالٍ.

ولأن المدَّعىٰ عليه يدفعُ المالَ لقطع الخصومة عن نفسه، وهذا رِشْوَةٌ.

ولنا: ما تَلَوْنا، وأوَّلُ ما روينا[1].

وتأويلُ آخِرِه[2]: أحَلَّ حراماً لعَيْنه، كالخمر، أو حَرَّم حلالاً لعَيْنه؛ كالصلح علىٰ أن لا يطأَ الضَّرَّةَ[3].

ولأن هذا صلحٌ بعد دعوىً صحيحةٍ، فيُقضىٰ بجوازه؛ لأن للمدَّعي أن يأخذَه عوضاً عن حَقِّه في زُعْمه، وهذا مشروعٌ، والمدَّعىٰ عليه يدفعُه لدفع الخصومةِ عن نفسه، وهذا مشروعٌ أيضاً، إذِ المالُ وِقايةُ الأَنْفُس، ودَفْعُ الرُّشوةِ لدفع الظلم: أمرٌ جائزٌ.

قال: (فإن وَقَعَ الصلحُ عن إقرارٍ: اعتُبِرَ فيه ما يُعتبرُ في البِيَاعات إن وَقَعَ عن مالٍ بمالٍ).

لوجود معنىٰ البيع، وهو مبادلةُ المالِ بالمال في حَقِّ المتعاقدَيْن بتراضيهما.

فتجري فيه الشفعةُ في البدلَيْن إذا كان عقاراً، ويُرَدُّ بالعيب، ويثبتُ فيه خيارُ الشرطِ والرؤية، وتُفسِدُه جهالةُ البدل؛ لأنها هي المُفضِيَةُ إلىٰ

---

(١) فإنه بإطلاقه يتناول الصلحَ مع الإنكار والسكوت.

(٢) أي آخر الحديث.

(٣) أي كالصلح مع زوجته أن لا يطأ ضرَّتَها، وهذا باطل.

وإن وقع عن مالٍ بمَنافِعَ: يُعتبَرُ بالإجارات.

والصلحُ عن السكوت والإنكارِ في حَقِّ المدَّعىٰ عليه: لافتداءِ اليمينِ، وقَطْعِ الخصومة، وفي حَقِّ المدِّعي: بمعنىٰ المعاوضة.

وإذا صالَحَ عن دارٍ: لم تجبْ فيها الشفعةُ.

المنازعة، دونَ جهالةِ المُصالَحِ عنه؛ لأنه يَسقطُ، وتُشترَطُ القدرةُ علىٰ تسليم البَدَل.

قال: (وإن وقع عن مالٍ بمَنافِعَ: يُعتبَرُ بالإجارات)؛ لوجود معنىٰ الإجارة، وهو تمليكُ المنافعِ بمالٍ، والاعتبارُ في العقود لمعانيها، فيُشترَطُ التوقيتُ فيها.

ويبطلُ الصلحُ بموت أحدِهما في المدة؛ لأنه إجارةٌ.

قال: (والصلحُ عن السكوت والإنكارِ في حَقِّ المدَّعىٰ عليه: لافتداءِ اليمينِ، وقَطْعِ الخصومة، وفي حَقِّ المدِّعي: بمعنىٰ المعاوضة)؛ لِمَا بيَّنَّا.

ويجوزُ أن يختلِفَ حُكْمُ العقدِ في حَقِّهما، كما يختلف حُكْمُ الإقالةِ في حَقِّ المتعاقدَيْن وغيرهما.

وهذا في الإنكار ظاهرٌ، وكذا في السكوت؛ لأنه يحتملُ الإقرارَ والجحودَ، فلا يثبتُ كونُه عوضاً في حقِّه بالشك.

قال: (وإذا صالَحَ عن دارٍ: لم تجبْ فيها الشفعةُ).

معناه: إذا كان عن إنكارٍ أو سكوتٍ؛ لأنه يأخذُها علىٰ أصلِ حقِّه، ويدفعُ المالَ؛ دفعاً لخصومة المدِّعي، وزَعْمُ المدعي لا يَلزمُه.

بخلاف ما إذا صالَحَ علىٰ دارٍ، حيث تجبُ فيها الشفعةُ.

وإذا كان الصلحُ عن إقرارٍ، واستُحِقَّ بعضُ المُصالَحِ عنه: رَجَعَ المدعىٰ عليه بحصةِ ذلكَ من العِوَضِ.

وإن وَقَعَ الصلحُ عن سكوتٍ أو إنكارٍ، فاستُحِقَّ المتنازَعُ فيه: رَجَعَ المدعي بالخصومة، وردَّ العوضَ.

وإن استُحِقَّ بعضُ ذلك: رَدَّ حصتَه، ورَجَعَ بالخصومة فيه.

قال: (بخلاف ما إذا صالَحَ علىٰ دارٍ، حيث تجبُ فيها الشفعةُ)؛ لأن المدَّعِيَ يأخذُها عوضاً عن المال[1]، فكان معاوضةً في حَقِّه، فتلزَمُه الشفعةُ بإقراره وإن كان المدَّعىٰ عليه يُكذِّبُه.

قال: (وإذا كان الصلحُ عن إقرارٍ، واستُحِقَّ بعضُ المُصالَحِ عنه: رَجَعَ المدعىٰ عليه بحصةِ ذلكَ من العِوَضِ)؛ لأنه معاوضةٌ مطلَقةٌ، كالبيع، وحُكمُ الاستحقاقِ في البيع: هذا.

قال: (وإن وَقَعَ الصلحُ عن سكوتٍ أو إنكارٍ، فاستُحِقَّ المتنازَعُ فيه: رَجَعَ المدعي بالخصومة، وردَّ العوضَ)؛ لأنَّ المدعىٰ عليه ما بَذَلَ العوضَ إلا ليَدفعَ خصومتَه عن نفسِه، فإذا ظَهَرَ الاستحقاقُ: تبيَّنَ أنه لا خصومةَ له، فيبقىٰ العوضُ في يده غيرَ مشتمِلٍ علىٰ غَرَضِه، فيستردُّه.

قال: (وإن استُحِقَّ بعضُ ذلك: رَدَّ حصتَه، ورَجَعَ بالخصومة فيه)؛ لأنه خلا العوضُ في هذا القَدْرِ عن الغَرَض.

---

(١) وفي نُسخ: عن ماله.

وإن ادعىٰ حقّاً في دارٍ، ولم يُبيِّنْه، فصُولِحَ من ذلك، ثم استُحِقَّ بعضُ الدار : لم يَرُدَّ شيئاً من العوض؛ لأنَّ دعواه يجوزُ أن يكون فيما بقِيَ.

ولو ادعىٰ داراً، فصالَحَه علىٰ قطعةٍ منها : لم يَصِحَّ الصلحُ.

ولو استُحِقَّ المصالَحُ عليه وكان الصلحُ عن إقرارٍ: رَجَعَ بكلِّ المُصالَحِ عنه؛ لأنه مبادَلةٌ، وإن استُحِقَّ بعضُه: رجع بحصته.

وإن كان الصلحُ عن إنكارٍ أو سكوتٍ: رجع إلىٰ الدعوىٰ في كلِّه، أو بقَدْرِ المستَحَقِّ إذا استُحِقَّ بعضُه؛ لأن المُبدَلَ فيه هو الدعوىٰ.

وهذا بخلاف ما إذا باع منه علىٰ الإنكار شيئاً، حيث يَرجعُ بالمدعىٰ؛ لأن الإقدامَ علىٰ البيع: إقرارٌ منه بالحَقِّ له، ولا كذلك الصلحُ؛ لأنه قد يقع لدفع الخصومة.

ولو هَلَكَ بدلُ الصلحِ قبلَ التسليم: فالجوابُ فيه كالجواب في الاستحقاقِ في الفصلَيْن.

قال: (وإن ادعىٰ حقّاً في دارٍ، ولم يُبيِّنْه، فصُولِحَ من ذلك، ثم استُحِقَّ بعضُ الدار: لم يَرُدَّ شيئاً من العوض؛ لأنَّ دعواه يجوزُ أن يكون فيما بقِيَ).

بخلاف ما إذا استُحِقَّ كلُّه؛ لأنه يَعرىٰ العوضُ عند ذلك عن شيءٍ يقابِلُه، فيَرجعُ بكلِّه، علىٰ ما قدَّمناه في البيوع.

قال: (ولو ادعىٰ داراً، فصالَحَه علىٰ قطعةٍ منها: لم يَصِحَّ الصلحُ)؛ لأن ما قَبَضَه: من عينِ حَقِّه، فيكونُ هو علىٰ دعواه في الباقي.

. . . .

والوجه فيه(١): أحدُ أمرَيْن: إما أن يزيدَ درهماً في بدل الصلح، فيصيرَ ذلك عوضاً عن حقِّه فيما بقي، أو يُلحِقَ به ذِكْرَ البراءةِ عن دعوىٰ الباقي، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الحيلة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

فصلٌ

والصلحُ جائزٌ عن دعوىٰ الأموال، والمنافِعِ، وجنايةِ العمدِ، والخطأِ.

فصلٌ

في بيان ما يجوزُ عنه الصلحُ، وما لا يجوز

قال: (والصلحُ جائزٌ عن دعوىٰ الأموال)؛ لأنه في معنىٰ البيع، علىٰ ما مَرَّ، (والمنافِعِ)؛ لأنها تُملَكُ بعقد الإجارة، فكذا بالصلح.

والأصلُ: أن الصلحَ يجبُ حَمْلُه علىٰ أقربِ العقودِ إليه، وأشبهِها به؛ احتيالاً لتصحيح تصرُّفِ العاقدِ ما أمكن.

قال: (و) يصحُّ عن (جنايةِ العمدِ، والخطأِ).

أما الأول: فلقوله تعالىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. الآية. البقرة/١٧٨.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: إنها نزلت في الصلح عن دم العمد[١].

وهو بمنزلة النكاح، حتىٰ إنَّ ما صَلُحَ مسمًّى فيه: صَلُحَ مسمًّى ها هنا، إذْ كلٌّ واحدٍ منهما مبادَلةُ المالِ بغير المال، إلا أنَّ عندَ فسادِ التسمية هنا: يُصارُ إلىٰ الدية؛ لأنها موجَبُ الدم.

---

(١) بيَّض لهذا الأثر الزيلعي في نصب الراية ٤/١١٢، ولم يخرِّجه، وكذلك في الدراية ٢/١٨٠.

. . . .

ولو صالَحَ علىٰ خمرٍ: لا يجبُ شيءٌ؛ لأنه لا يجبُ بمطلَق العفو.

وفي النكاح: يجبُ مهرُ المثل في الفصلَيْن؛ لأنه هو الموجَبُ الأصلي، ويجبُ مع السكوتِ عنه حُكماً.

ويَدخلُ في إطلاقِ جوابِ «الكتاب»: الجنايةُ في النفس، وما دونها[1].

وهذا بخلاف الصلحِ عن حَقِّ الشفعةِ علىٰ مالٍ، حيث لا يصحُّ؛ لأنه حَقُّ التملُّكِ، ولا حَقَّ في المَحَلِّ قبلَ التملك، أما القصاصُ فمِلْكُ المَحَلِّ في حَقِّ الفعل، فيصحُّ الاعتياضُ عنه، وإذا لم يصحَّ الصلحُ: تبطلُ الشفعةُ؛ لأنها تبطلُ بالإعراض والسكوت.

والكفالةُ بالنفس: بمنزلة حَقِّ الشفعة، حتىٰ لا يجبُ المالُ بالصلح عنه[2]، غيرَ أن في بطلان الكفالة روايتَيْن، علىٰ ما عُرِف في موضعه.

وأما الثاني، وهو جنايةُ الخطأ: فلأنَّ موجَبَها المالُ، فيصيرُ بمنزلة البيع، إلا أنه لا تصحُّ الزيادةُ علىٰ قَدْر الدية؛ لأنه مقدَّرٌ شرعاً، فلا يجوزُ إبطالُه، فتُرَدُّ الزيادةُ عليه.

بخلاف الصلحِ عن القصاص، حيث تجوزُ الزيادةُ علىٰ قَدْر الدية؛ لأن القصاصَ ليس بمالٍ، وإنما يَتقوَّم بالعقد.

---

(١) وفي نُسخ: وما دونه.

(٢) وفي نُسخ: عنها.

ولا يجوزُ عن دعوىٰ حَدٍّ.

وإذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ امرأةٍ نكاحاً، وهي تجحدُ، فصالحَتْه علىٰ. . . .

وهذا إذا صالَحَ علىٰ القتل الخطأ علىٰ أحدِ مقادير الدية، أما إذا صالَحَ علىٰ غير ذلك: جاز؛ لأنه مبادلةٌ بها، إلا أنه يُشترَطُ القبضُ في المجلس؛ كي لا يكونَ افتراقاً عن دَيْنٍ بدَيْنٍ.

ولو قضىٰ القاضي بأحدِ مقاديرها، فصالَحَ علىٰ جنسٍ آخَرَ منها بالزيادة[1]: جاز؛ لأنه تعيَّنَ الحَقُّ بالقضاء، فكان مبادلةً، بخلاف الصلحِ ابتداءً؛ لأن تراضيهما علىٰ بعضِ المقادير: بمنزلة القضاءِ في حَقِّ التعيين، فلا تجوز الزيادةُ علىٰ ما تعيَّن.

قال: (ولا يجوزُ عن دعوىٰ حَدٍّ)؛ لأنه حَقُّ اللهِ تعالىٰ، لا حَقُّه، ولا يجوزُ الاعتياضُ عن حَقِّ غيرِه.

ولهذا لا يجوزُ الاعتياضُ إذا ادَّعتِ المرأةُ نسبَ ولدِها؛ لأنه حَقُّ الولدِ، لا حَقُّها.

وكذا لا يجوز الصلحُ عما أشرعه إلىٰ طريقِ العامة؛ لأنه حَقُّ العامة، فلا يجوزُ أن يصالِحَ واحدٌ علىٰ الانفرادِ عنه.

ويدخلُ في إطلاقِ الجواب: حَدُّ القذف؛ لأن المُغَلَّبَ فيه حَقُّ الشرع.

قال: (وإذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ امرأةٍ نكاحاً، وهي تجحدُ، فصالحَتْه علىٰ

---

(١) وفي نُسخ: بالقضاء.

مالٍ بذلَتْه له حتىٰ يَتركَ الدعوىٰ: جاز، وكان في معنىٰ الخلع.

وإذا ادَّعتِ امرأةٌ نكاحاً علىٰ رجلٍ، فصالَحَها علىٰ مالٍ بَذَلَه لها: جاز.

مالٍ بذلَتْه له حتىٰ يَتركَ الدعوىٰ: جاز، وكان في معنىٰ الخلع)؛ لأنه أمكَنَ تصحيحُه خُلْعاً في جانبه؛ بناءً علىٰ زُعْمِه، وفي جانبها بذلاً للمال؛ لدفع الخصومة.

قالوا[1]: ولا يحلُّ له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالىٰ إذا كان مبطِلاً في دعواه.

قال: (وإذا ادَّعتِ امرأةٌ نكاحاً علىٰ رجلٍ، فصالَحَها علىٰ مالٍ بَذَلَه لها: جاز).

قال رضي الله عنه: هكذا ذُكِرَ في بعض نُسَخِ «المختصر»، وفي بعضها قال: لم يَجُزْ[2].

وجهُ الأول: أن يُجعَلَ زيادةً في مهرها.

ووجه الثاني: أنه بَذَلَ لها المالَ لتتركَ الدعوىٰ.

فإن جُعِلَ تَرْكُ الدعوىٰ منها فُرقةً: فالزوجُ لا يعطي العوضَ في الفُرقة.

وإن لم يُجعَل: فالحالُ علىٰ ما كان عليه قبلَ الدعوىٰ، فلا شيءَ يقابلُه العوضُ، فلم يصحَّ.

---

(١) أي المشايخ المتأخرون. البناية ١٢/٣٣٦.

(٢) نقل العيني في البناية ١٢/٣٣٧ عن الأترازي في غاية البيان أنه وقف علىٰ نسخة ثقة من القدوري بتاريخ ٥٢٥هـ، وفيها: لم يجز.

وإن ادعىٰ علىٰ رجلٍ أنه عبدُه، فصالَحَه علىٰ مالٍ أعطاه إياه: جاز، وكان في حَقِّ المدعي بمنزلة الإعتاقِ علىٰ مال.

وإذا قَتَلَ العبدُ المأذونُ له رجلاً عمداً: لم يَجُزْ له أن يصالِحَ عن نفسه، وإن قَتَلَ عبدٌ له رجلاً عمداً، فصالَحَه عنه: جاز.

قال: (وإن ادعىٰ علىٰ رجلٍ أنه عبدُه، فصالَحَه علىٰ مالٍ أعطاه إياه: جاز، وكان في حَقِّ المدعي بمنزلة الإعتاقِ علىٰ مال).

لأنه أمكن تصحيحُه علىٰ هذا الوجهِ في حَقِّه لزُعْمِه، ولهذا يصحُّ علىٰ حيوانٍ في الذمةِ إلىٰ أجلٍ.

وفي حَقِّ المدَّعىٰ عليه: يكونُ لدفع الخصومة؛ لأنه يزعُمُ أنه حرُّ الأصل، فجاز، إلا أنه لا وَلاءَ له؛ لإنكار العبدِ، إلا أنْ يُقيمَ البينةَ: فتُقبلُ، ويَثبتُ الوَلاءُ.

قال: (وإذا قَتَلَ العبدُ المأذونُ له رجلاً عمداً: لم يَجُزْ له أن يصالِحَ عن نفسه، وإن قَتَلَ عبدٌ له رجلاً عمداً، فصالَحَه عنه: جاز).

ووجه الفرق: أن رقبتَه[1] ليست من تجارته، ولهذا لا يَملكُ التصرُّفَ فيه[2] بيعاً، فكذا استخلاصاً بمال المولىٰ، وصار كالأجنبي.

أما عبدُه: فمن تجارته، وتصرُّفُه فيه نافِذٌ بيعاً، فكذا استخلاصاً، وهذا لأن المستَحَقَّ[3] كالزائل عن مِلكِه، وهذا شراؤه، فيملِكُه.

---

(١) أي المأذون.

(٢) وفي نُسخ: فيها.

(٣) أي العبد.

ومَن غَصَبَ ثوباً يهودياً قيمتُه دون المائة، فاستهلكه، فصالَحَه عنها علىٰ مائةِ درهمٍ : جاز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يبطلُ الفضلُ علىٰ قيمته بما لا يَتغابَنُ الناسُ فيه.

قال: (ومَن غَصَبَ ثوباً يهودياً[١] قيمتُه دون المائة، فاستهلكه، فصالَحَه عنها[٢] علىٰ مائةِ درهمٍ: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يبطلُ الفضلُ علىٰ قيمته بما لا يَتغابَنُ الناسُ فيه)؛ لأن الواجبَ فيه هو القيمةُ، وهي مقدَّرةٌ، فالزيادةُ عليها تكونُ رباً.

بخلاف ما إذا صالح علىٰ عَرْضٍ[٣]: لأن الزيادةَ لا تظهرُ عند اختلاف الجنس.

وبخلاف ما يَتغابنُ الناسُ فيه: لأنه يدخلُ تحتَ تقويمِ المقوِّمين، فلا تظهرُ الزيادة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حَقَّه في الهالك باقٍ، حتىٰ لو كان عبداً،

---

(١) نقل العيني في البناية ١٢/٣٣٩ عن الأكمل أن: يهود: قومٌ من أهل الكتاب، يُنسب إليهم الثوبُ، يُقال: ثوبٌ يهودي، وقال الكاكي: والذي يظهرُ لي أن لفظ: يهود: هنا: اسمُ موضعٍ يُنسب إليه الثوبُ المعلوم القيمة. اهـ

(٢) وفي نُسخ: منها.

(٣) فإنه يجوز بالاتفاق.

وإذا كان العبدُ بين رجلَيْن، أعتقه أحدُهما وهو موسِرٌ، فصالَحَه الآخَرُ علىٰ أكثرَ من نصف قيمته : فالفضلُ باطلٌ.

وإن صالَحَه علىٰ عُروضٍ : جاز.

وتَرَكَ أَخْذَ القيمة: يكونُ الكفنُ عليه[١]، إذ[٢] حَقُّه في مثله صورةً ومعنىً، لأن ضمانَ العدوان بالمثل.

وإنما يَنتقِلُ إلىٰ القيمة: بالقضاء، فقَبْلَه إذا تراضيا علىٰ الأكثر: كان اعتياضاً[٣]، فلا يكونُ رباً.

بخلاف الصلح بعدَ القضاء: لأن الحَقَّ قد انتقل إلىٰ القيمة.

قال: (وإذا كان العبدُ بين رجلَيْن، أعتقه أحدُهما وهو موسِرٌ، فصالَحَه الآخَرُ علىٰ أكثرَ من نصف قيمته: فالفضلُ باطلٌ)؛ وهذا بالاتفاق.

أما عندهما: فلِمَا بيَّنَّا.

والفرقُ لأبي حنيفة رحمه الله: أن القيمةَ في العتقِ منصوصٌ عليها، وتقديرُ الشرعِ لا يكونُ دونَ تقدير القاضي، فلا تجوزُ الزيادةُ عليه.

بخلاف ما تقدم: لأنها غيرُ منصوصٍ عليها.

قال: (وإن صالَحَه علىٰ عُروضٍ: جاز)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه لا يَظهرُ الفضلُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي كفن العبد علىٰ المغصوب منه.

(٢) وفي نُسخ: أو.

(٣) أي عن الثوب.

باب
التبرُّع بالصلح، والتوكيل به

ومَن وكَّل رجلاً بالصلح عنه، فصالَحَ: لم يَلزَمِ الوكيلَ ما صالَحَ عليه، إلا أنْ يَضمَنَه، والمالُ لازِمٌ للموكِّل.

وإن صالح رجلٌ عنه بغير أمرِه: فهو علىٰ أربعةِ أوجهٍ:

باب
التبرُّع بالصلح، والتوكيل به

قال: (ومَن وكَّل رجلاً بالصلح عنه، فصالَحَ: لم يَلزَمِ الوكيلَ ما صالَحَ عليه[1]، إلا أنْ يَضمَنَه، والمالُ لازِمٌ للموكِّل[2]).

وتأويلُ هذه المسألة: إذا كان الصلحُ عن دمِ العمد، أو كان الصلحُ علىٰ بعضِ ما يدَّعيه من الدَّين؛ لأنه إسقاطٌ مَحْضٌ، فكان الوكيلُ فيه سفيراً ومُعبِّراً، فلا ضمانَ عليه، كالوكيل بالنكاح، إلا أن يَضمَنَه؛ لأنه حينئذٍ هو مؤاخَذٌ بعقد الضمان، لا بعقد الصلح.

أما إذا كان الصلحُ عن مالٍ بمالٍ: فهو بمنزلة البيع، فترجِعُ الحقوقُ إلىٰ الوكيل، فيكونُ المطالَبُ بالمال هو الوكيلَ، دون الموكِّل.

قال: (وإن صالح رجلٌ عنه بغير أمرِه: فهو علىٰ أربعةِ أوجهٍ:

---

(١) وفي نُسخ: عنه.

(٢) أي علىٰ الموكِّل، كما في قوله تعالىٰ: ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾. الإسراء/٧.

إن صالَحَ بمالٍ، وضَمِنَه : تَمَّ الصلحُ، ولزمه تسليمُه .

وكذلك إذا قال : صالحتُك علىٰ أَلْفِي هذا، أو علىٰ عبدي هذا : صحَّ الصلحُ، ولَزِمَه تسليمُه.

وكذلك لو قال : صالحتُكَ علىٰ ألفٍ، وسلَّمَها .

١ـ إن صالَحَ بمالٍ، وضَمِنَه: تَمَّ الصلحُ، ولزمه تسليمُه)؛ لأن الحاصلَ للمدعىٰ عليه ليس إلا البراءةَ، وفي حَقِّها: الأجنبيُّ والمدَّعىٰ عليه[1] سواءٌ، فصَلُحَ أصيلاً فيه إذا ضَمِنَه، كالفضوليِّ بالخلع إذا ضَمِنَ[2] البدلَ، ويكون متبرِّعاً علىٰ المدعىٰ عليه، كما لو تبرَّع بقضاء الدين.

بخلاف ما إذا كان بأمره، ولا يكونُ لهذا المصالِحِ شيءٌ من المدَّعىٰ، وإنما يكونُ ذلك للذي في يده[3]؛ لأن تصحيحَه بطريق الإسقاط.

ولا فَرْقَ في هذا بين ما إذا كان مقِرّاً، أو مُنكِراً.

(٢ـ وكذلك إذا قال: صالحتُك علىٰ أَلْفِي هذا، أو علىٰ عبدي هذا: صحَّ الصلحُ، ولَزِمَه تسليمُه).

لأنه لَمَّا أضافه إلىٰ مال نفسِه: فقد التزم تسليمَه، فصحَّ الصلحُ.

(٣ـ وكذلك لو قال: صالحتُكَ علىٰ ألفٍ، وسلَّمَها)؛ لأن التسليمَ إليه يوجِبُ سلامةَ العِوَض له، فيَتِمُّ العقدُ؛ لحصول مقصودِه.

---

(١) وفي نُسخ: هو والأجنبيُّ.

(٢) أي من جانب المرأة.

(٣) أي في ذمته، وهو المدعىٰ عليه.

ولو قال : صالحتُكَ علىٰ ألفٍ : فالعقدُ موقوفٌ، فإن أجازه المدَّعىٰ عليه : جاز، ولَزِمَه الألفُ، وإن لم يُجِزْه : بطل.

(٤ـ ولو قال: صالحتُكَ علىٰ ألفٍ: فالعقدُ موقوفٌ، فإن أجازه المدَّعىٰ عليه: جاز، ولَزِمَه الألفُ، وإن لم يُجِزْه: بطل)؛ لأن الأصلَ في العقد إنما هو المدعىٰ عليه؛ لأنَّ دَفْعَ الخصومةِ حاصلٌ له، إلا أنَّ الفضوليَّ يصيرُ أصيلاً بواسطة إضافةِ الضمانِ إلىٰ نفسه، فإذا لم يُضِفْه: بقِيَ عاقداً من جهة المطلوب، فيتوقَّف علىٰ إجازته.

قال رضي الله عنه: ٥ـ ووَجْهٌ آخَرُ: أن يقولَ: صالحتُك علىٰ هذا الألف، أو علىٰ هذا العبد، ولم يَنسُبْه إلىٰ نفسه؛ لأنه لَمَّا عيَّنه للتسليم: صار شارطاً سلامتَه له، فيَتِمُّ بقوله.

ولو استُحِقَّ العبدُ[1]، أو وَجَدَ به عيباً، فردَّه: فلا سبيلَ له علىٰ المصالِح؛ لأنه التزم الإيفاءَ من محلٍّ بعينه، ولم يلتزم شيئاً سواه، فإن سَلِمَ المَحلُّ له: تمَّ الصلح، وإن لم يسلَمْ له: لم يَرْجِعْ عليه[2] بشيءٍ.

بخلاف ما إذا صالح علىٰ دراهمَ مسمَّاةٍ، وضَمِنَها، ودَفَعَها، ثم استُحِقَّت، أو وَجَدَها زُيوفاً، حيث يرجعُ عليه؛ لأنه جَعَلَ نفسَه أصيلاً في حَقِّ الضمان، ولهذا يُجبرُ[3] علىٰ التسليم.

فإذا لم يَسْلَمْ له ما سَلَّمَه: رَجَعَ عليه ببدله، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي العبد الذي ذُكر في بدل الصلح. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) أي علىٰ الفضولي.

(٣) أي الفضولي.

باب
الصلح في الدَّيْن

وكلُّ شيءٍ وَقَعَ عليه الصلحُ، وهو مستَحَقٌّ بعقد المداينة : لم يُحمَلْ علىٰ المعاوَضة، وإنما يُحمَلُ علىٰ أنه استَوفىٰ بعضَ حقِّه، وأسقط باقِيَه، كمَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ.

وكمَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ جِيَادٍ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ زُيوفٍ : جاز، وصار كأنه أبرأه عن بعضِ حَقِّه .

باب
الصلح في الدَّيْن

قال: (وكلُّ شيءٍ وَقَعَ عليه الصلحُ، وهو مستَحَقٌّ بعقد المداينة[1]: لم يُحمَلْ علىٰ المعاوَضة، وإنما يُحمَلُ علىٰ أنه استَوفىٰ بعضَ حقِّه، وأسقط باقِيَه، كمَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ.

وكمَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ جِيَادٍ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ زُيوفٍ: جاز، وصار كأنه أبرأه عن بعضِ حَقِّه).

---

(١) يعني إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحق المدعي علىٰ المدعىٰ عليه بعقد المداينة التي جرَت بينهما ـ والمداينة هي: البيع بالدين ـ: لم يُحمَل علىٰ المعاوضة. البناية ١٢/ ٣٤٥.

ولو صالَحَه علىٰ ألفٍ مؤجَّلةٍ : جاز، وكأنَّه أجَّل نفسَ الحَقِّ.

ولو صالَحَه علىٰ دنانيرَ إلىٰ شهرٍ : لم يَجُزْ.

ولو كانت له ألفٌ مؤجَّلَةٌ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ حالَّةٍ : لم يَجُزْ.

وإن كان له ألفٌ سُودٌ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ بِيْضٍ : لم يَجُزْ.

وهذا لأنَّ تَصَرُّفَ العاقل يُتحرَّىٰ تصحيحُه ما أمكَن، ولا وجهَ لتصحيحه معاوضةً؛ لإفضائه إلىٰ الربا، فجُعِلَ إسقاطاً للبعض في المسألة الأُولىٰ، وللبعض والصفةِ في المسألةِ الثانية.

قال: (ولو صالَحَه علىٰ ألفٍ مؤجَّلةٍ: جاز، وكأنَّه أجَّل نفسَ الحَقِّ)؛ لأنه لا يُمكنُ جَعْلُه معاوضةً؛ لأن بيعَ الدراهمِ بمِثلها نسيئةً لا يجوز، فحَمَلْناه علىٰ التأخير.

قال: (ولو صالَحَه علىٰ دنانيرَ إلىٰ شهرٍ: لم يَجُزْ)؛ لأن الدنانيرَ غيرُ مستَحَقَّةٍ بعقدِ المداينة، فلا يُمكنُ حَمْلُه علىٰ التأخير، ولا وجهَ له سوىٰ المعاوضة، وبيعُ الدراهم بالدنانير نسيئةً لا يجوزُ، فلم يصحَّ الصلح.

قال: (ولو كانت له ألفٌ مؤجَّلَةٌ، فصالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ حالَّةٍ: لم يَجُزْ)؛ لأن المعجَّلَ خيرٌ من المؤجَّل، وهو غيرُ مستَحَقٍّ بالعقد، فيكونُ[1] بإزاء ما حَطَّه عنه، وذلك اعتياضٌ عن الأجل، وهو حرامٌ.

قال: (وإن كان له ألفٌ سُودٌ، فصالَحَه علىٰ خمسمائةٍ بِيْضٍ: لم يَجُزْ)؛ لأن البِيْضَ غيرُ مُستَحَقَّةٍ بعقد المداينة، وهي زائدةٌ وَصْفاً، فيكون:

---

(١) أي التعجيل.

ومَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ، فقال: أدِّ إليَّ غداً منها خمسَمائةٍ علىٰ أنكَ بريءٌ من الفضل، ففعَلَ: فهو بريءٌ.

فإن لم يَدفعْ إليه الخمسَمائةِ غداً: عاد عليه الألفُ، وهو قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعودُ عليه.

معاوضةُ الألفِ بخمسِمائة، وزيادةِ وَصْفٍ، وهو رباً.

بخلاف ما إذا صالَحَ عن الألفِ البِيْضِ علىٰ خمسِمائةٍ سُوْدٍ، حيثُ يجوزُ؛ لأنه إسقاطُ كلِّه قَدْراً ووَصْفاً.

وبخلاف ما إذا صالَحَ علىٰ قَدْر الدَّيْن، وهو أجودُ؛ لأنه معاوضةُ المِثل بالمثل، ولا معتبرَ بالصفة، إلا أنه يُشترَطُ القبضُ في المجلس.

ولو كان عليه ألفُ درهمٍ ومائةُ دينارٍ، فصالَحَه علىٰ مائةِ درهمٍ حالَّةٍ، أو إلىٰ شهرٍ: صَحَّ الصلحُ؛ لأنه أمكن أن يُجعَلَ إسقاطاً للدنانير كلِّها والدراهمِ إلا مائةً، وتأجيلاً للباقي، فلا يُجعَلُ معاوضةً؛ تصحيحاً للعقد، أو لأن معنىٰ الإسقاطِ فيه ألزمُ.

قال: (ومَن له علىٰ آخَرَ ألفُ درهمٍ، فقال: أدِّ إليَّ غداً منها خمسَمائةٍ علىٰ أنكَ بريءٌ من الفضل، ففعَلَ: فهو بريءٌ.

فإن لم يَدفعْ إليه الخمسَمائةِ غداً: عاد عليه الألفُ، وهو قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعودُ عليه)؛ لأنه إبراءٌ مطلَقٌ.

ألا ترىٰ أنه جعَلَ أداءَ الخمسمائةِ عوضاً، حيث ذَكَرَه بكلمةِ: علىٰ، وهي للمعاوضة، والأداءُ لا يصحُّ عوضاً؛ لكونه مستَحَقّاً عليه، فجرىٰ

. . . .

وجودُه[1] مَجْرىٰ عَدَمِه، فبقيَ الإبراءُ مطلقاً، فلا يعودُ، كما إذا بدأ بالإبراء.

ولهما: أن هذا إبراءٌ مقيَّدٌ بالشرط، فيفوتُ بفَوَاته؛ لأنه بدأ بأداء الخمسمائةِ في الغد، وأنه يَصلُحُ غَرَضاً؛ حَذَارَ إفلاسِه، أو توسُّلاً إلىٰ تجارةٍ أربحَ منه.

وكلمةُ: علىٰ: إن كانت للمعاوضة: فهي محتمِلَةٌ للشرط؛ لوجود معنىٰ المقابلةِ فيه، فتُحمَلُ عليه عند تعذُّرِ الحملِ علىٰ المعاوضة؛ تصحيحاً لتصرُّفه، أو لأنه متعارَفٌ.

والإبراءُ مما يتقيَّدُ بالشرط وإن[2] كان لا يتعلَّقُ به، كما في الحوالة، وسنُخرِّجُ البدايةَ بالإبراء[3] إن شاء الله تعالىٰ.

قال رضي الله عنه: وهذه المسألة علىٰ وجوهٍ:

أحدُها: ما ذكرناه.

والثاني: إذا قال: صالحتُكَ من الألفِ علىٰ خمسمائةٍ، تدفعُها إليَّ غداً، وأنتَ بريءٌ من الفضل، علىٰ أنك إن لم تدفَعْها إليَّ غداً: فالألفُ عليكَ علىٰ حالِه.

---

(١) أي وجود الشرط.

(٢) وفي نُسخ: إن كان. بدون واوٍ.

(٣) هذا عذرٌ من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف رحمه الله، بقوله: كما إذا بدأ بالإبراء، يعني نذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله: والثالث: إذا قال أبرأتك إلىٰ آخره. البناية ١٢/٣٥٠.

. . . .

وجوابُه: أن الأمرَ علىٰ ما قال؛ لأنه أتىٰ بصريح التقييد، فيُعمَلُ به.

والثالثُ: إذا قال: أبرأتُكَ من خمسمائةٍ من الألف، علىٰ أن تعطيَني الخمسَمائةَ غداً: فالإبراءُ[١] فيه واقعٌ، أعطىٰ الخمسَمائةَ أو لم يُعطِ؛ لأنه أطلق الإبراءَ أوّلاً، وأداءُ الخمسِمائة لا يصلُحُ عوضاً مطلقاً، ولكنه يَصلُحُ شرطاً، فوَقَعَ الشكُّ في تقييده بالشرط، فلا يتقيَّد به.

بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائةٍ؛ لأن الإبراءَ حَصَلَ مقروناً بكلمة: عليّ[٢]، فمن حيث إنه لا يَصلُحُ عوضاً: يقعُ مطلقاً، ومن حيث إنه يَصلُحُ شَرْطاً: لا يقعُ مطلقاً، فلا يثبتُ الإطلاق بالشك، فافترقا.

والرابعُ: إذا قال: أدِّ إليَّ خمسَمائةٍ علىٰ أنك بريءٌ من الفضل، ولم يُؤقِّتْ للأداء وقتاً.

وجوابُه: أنه يَصِحُّ الإبراءُ، ولا يعودُ الدَّيْن؛ لأن هذا إبراءٌ مطلَقٌ؛ لأنه لَمَّا لم يؤقِّتْ للأداء وقتاً: لا يكونُ الأداءُ غَرَضاً صحيحاً؛ لأنه واجبٌ عليه في مطلَق الأزمان، فلم يَتقيَّد، بل يُحمَلُ علىٰ المعاوضة، ولا يَصلُحُ عوضاً[٣]، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن الأداءَ في الغد غَرَضٌ صحيحٌ.

والخامسُ: إذا قال: إن أدَّيتَ إليَّ خمسَمائةٍ، أو قال: إذا أدَّيتَ، أو متىٰ أديتَ.

---

(١) وفي نُسخ: والإبراء.

(٢) وفي نُسخ: مقروناً به.

(٣) وفي نُسخ: غرضاً.

ومَن قال لآخَرَ: لا أُقِرُّ لكَ بما لَكَ عليَّ حتىٰ تؤخِّرَه عني، أو تَحُطَّ عني، ففعَلَ: جاز عليه.

والجوابُ فيه: أنه لا يصحُّ الإبراءُ؛ لأنه علَّقه بالشرط صريحاً، وتعليقُ البراءة[1] بالشروط باطلٌ؛ لِمَا فيها من معنىٰ التمليك، حتىٰ يَرتدُّ بالردِّ، بخلاف ما تقدَّم؛ لأنه ما أتىٰ بصريح الشرطِ، فحُمِلَ علىٰ التقييد به.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: لا أُقِرُّ لكَ بما لَكَ[2] عليَّ حتىٰ تؤخِّرَه عني، أو تَحُطَّ عني، ففَعَلَ: جاز عليه)؛ لأنه ليس بمُكْرَهٍ؛ لتمكُّنه من إقامة البينة أو التحليف.

ومعنىٰ المسألة: إذا قال ذلك سِرّاً، أما إذا قال علانيةً: يؤخَذُ به[3]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: البراءات.

(٢) وفي نُسخ: بمالِك. موصولةً، وبكسر اللام.

(٣) أي يُؤخَذُ المقِرُّ بجميع المال في الحال، بلا خلاف؛ لأنه إقرارٌ منه بالحقِّ. البناية ١٢/٣٥٢.

فصلٌ

في الدَّيْن المشترك

وإذا كان الدَّينُ بين شريكَيْن، فصالَحَ أحدُهما من نصيبه علىٰ ثوبٍ: فشريكُه بالخيار، إن شاء اتَّبَعَ الذي عليه الدينُ بنصفه، وإن شاء أخذَ نصفَ الثوبِ إلا أن يَضمَنَ له شريكُه رُبُعَ الدَّيْن.

فصلٌ

في الدَّيْن المشترك

قال: (وإذا كان الدَّينُ بين شريكَيْن، فصالَحَ أحدُهما من نصيبه علىٰ ثوبٍ: فشريكُه بالخيار، إن شاء اتَّبَعَ الذي عليه الدينُ بنصفه، وإن شاء أخذَ نصفَ الثوبِ إلا أن يَضمَنَ له شريكُه رُبُعَ الدَّيْن).

وأصلُ هذا: أن الدَّيْنَ المشترَكَ بين اثنين إذا قَبَضَ أحدُهما شيئاً منه: فلصاحبه أن يُشارِكَه في المقبوض؛ لأنه ازداد بالقبض، إذ ماليةُ الدينِ باعتبار عاقبةِ القبض.

وهذه الزيادةُ راجعةٌ إلىٰ أصلِ الحَقِّ، فتصيرُ كزيادة الولدِ والثمرة[١]، وله حَقُّ المشاركة، ولكنه قبلَ المشاركةِ باقٍ علىٰ مِلْكِ القابض؛ لأن العينَ غيرُ الدين حقيقةً، وقد قَبَضَه بدلاً عن حَقِّه، فيملِكُه حتىٰ ينفُذُ تصرُّفه فيه، ويَضمنُ لشريكه حصتَه.

---

(١) أي الولد من الجارية المشتركة، والثمرة من الشجرة المشتركة.

. . . .

والدينُ المشترَكُ أن يكونُ واجباً بسببٍ متَّحِدٍ، كثمن المبيعِ إذا كان صفقةً واحدةً، وثمنِ المال المشترَك والموروثِ[١] بينهما، وقيمةِ المستهلَك المشترَك.

إذا عَرَفْنا هذا: نقولُ في مسألة «الكتاب[٢]»: له أن يَتَّبعَ الذي عليه الأصلُ[٣]؛ لأن نصيبَه[٤] باقٍ في ذمته[٥]؛ لأن القابضَ[٦] قَبَضَ نصيبَه؛ لكنْ له[٧] حَقُّ المشاركة.

وإن شاء[٨] أَخَذَ نصفَ الثوب؛ لأنَّ له حَقَّ المشاركة، إلا أن يَضمنَ له[٩] شريكُه رُبُعَ الدين؛ لأنَّ حَقَّه في ذلك[١٠].

---

(١) أي الدين الموروث.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) أي للساكت أن يتبع المديون.

(٤) أي نصيب الساكت. البناية ١٢/٣٥٤، وفي نُسخ: لأن الدين.

(٥) أي في ذمة المديون، ولم يستوفه.

(٦) أي المصالِح.

(٧) أي للساكت.

(٨) أي الساكت.

(٩) أي للساكت.

(١٠) أي لأن حقَّ الساكت في الدين.

ولو استوفىٰ أحدُهما نصفَ نصيبِه من الدَّيْنِ : كان لشريكِه أن يُشارِكَه فيما قَبَضَ، ثم يرجعان علىٰ الغريم بالباقي.

ولو اشترىٰ أحدُهما بنصيبه من الدَّيْن سلعةً : كان لشريكه أن يُضمِّنَه ربُعَ الدين.

قال: (ولو استوفىٰ أحدُهما نصفَ نصيبِه من الدَّيْنِ: كان لشريكِه أن يُشارِكَه فيما قَبَض)؛ لِمَا قلنا[1].

(ثم يرجعان علىٰ الغريم بالباقي)؛ لأنهما لَمَّا اشتركا في المقبوض: لا بدَّ أن يبقىٰ الباقي علىٰ الشركة.

قال: (ولو اشترىٰ أحدُهما بنصيبه من الدَّيْن سلعةً: كان لشريكه أن يُضمِّنَه ربُعَ الدين)؛ لأنه صار قابضاً حَقَّه بالمُقَاصَّة كَمَلاً؛ لأن مبنىٰ البيعِ علىٰ المماكسة.

بخلاف الصلح؛ لأن مبناهُ علىٰ الإغماضِ[2] والحَطِيطة، فلو ألزمناه دَفْعَ ربعِ الدين: يتضرَّرُ به، فيتخيَّرُ القابضُ، كما ذكرنا.

ولا سبيلَ للشريك علىٰ الثوبِ في البيع؛ لأنه مَلَكَه بعقده، والاستيفاءُ بالمُقاصَّة بين ثمنِه وبين الدينِ الخاص.

وللشريك أن يتَّبعَ الغريمَ في جميع ما ذكرنا[3]؛ لأن حَقَّه في ذمته

---

(١) من أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدُهما شيئاً منه: فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض. البناية ١٢/٣٥٤.

(٢) وفي نُسخ: الإعراض.

(٣) أي في الصلح والبيع.

. . . .

باق؛ لأن القابضَ استوفىٰ نصيبَه حقيقةً؛ لكنْ له حَقُّ المشاركة فيه، فله[1] أن لا يشاركه.

فلو سَلَّم له ما قَبَضَ، ثم تَوِيَ ما علىٰ الغريم: له أن يشاركَ القابضَ؛ لأنه رضِيَ بالتسليم ليَسْلَمَ له ما في ذمة الغريم، ولم يَسْلَم، فلم يكن راضياً به.

ولو وقعتِ المقاصَّةُ بدَيْنٍ كان عليه من قبلُ: لم يَرجعْ عليه الشريكُ؛ لأنه قاضٍ بنصيبه، لا مُقتَضٍ.

ولو أبرأه عن نصيبه: فكذلك؛ لأنه إتلافٌ، وليس بقبضٍ.

ولو أبرأه عن البعض: كانت قسمةُ الباقي علىٰ ما بقيَ من السهام.

ولو أخَّر أحدُهما عن نصيبه: صحَّ عند أبي يوسف رحمه الله؛ اعتباراً بالإبراء المطلَقِ.

ولا يصحُّ عندهما؛ لأنه يؤدي إلىٰ قسمة الدينِ قبلَ القبض.

ولو غَصَبَ أحدُهما[2] عيناً منه، أو اشتراه[3] شراءً فاسداً، وهَلَكَ في يده: فهو قَبْضٌ.

والاستئجارُ بنصيبه: قَبْضٌ.

---

(١) أي للساكت.

(٢) أي أحدُ الشريكين.

(٣) أي المغصوبَ أو المشتَرَىٰ. البناية ١٢/٣٥٧.

وإذا كان السَّلَمُ بين شريكَيْن، فصالَحَ أحدُهما من نصيبه علىٰ رأسِ المال: لم يَجُزْ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوزُ الصلحُ.

وكذا الإصداقُ[1] عند محمدٍ رحمه الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

والتزوجُ به[2]: إتلافٌ، في ظاهر الرواية.

وكذا الصلحُ عليه من جناية العمد.

قال: (وإذا كان السَّلَمُ بين شريكَيْن، فصالَحَ أحدُهما من نصيبه علىٰ رأسِ المال: لم يَجُزْ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوزُ الصلحُ)؛ اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشتريا عبداً، فأقال أحدُهما في نصيبه.

ولهما: أنه لو جاز في نصيبه خاصةً: يكون قسمةَ الدين في الذمة.

ولو جاز في نصيبهما: لا بدَّ من إجازة الآخَر، بخلاف شراء العين،

---

(١) والإصداقُ هو: دَفْعُ الصداق، والمراد جَعْلُه عوضاً عما وجب في ذمته من المهر شائعاً، فلهذا يكون قَبْضاً؛ لأنه قابَلَه بعوضٍ مالي، فلا يكون إتلافاً، بخلاف التزوج؛ لأنه وإن جعله مهراً، ولكنه إتلافٌ؛ لأنه قابَلَه بالبُضع، فلم يستفد بمقابلته عوضاً مالياً. اهـ من حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

وفي نُسَخ: الإحراق بدل: الإصداق، والمراد بالإحراق: أي لو أحرق أحدُهما ثوبَ المديون: فهو قبضٌ. باختصار من البناية ١٢/٣٥٧.

(٢) أي بالدين.

. . . .

وهذا لأن المسلَمَ فيه صار واجباً بالعقد، والعقدُ قام[١] بهما، فلا ينفردُ أحدُهما برفعه.

ولأنه لو جاز: لشاركَه في المقبوض، فإذا شاركَه فيه: رَجَعَ المصالِحُ علىٰ مَن عليه بذلك، فيؤدي إلىٰ عَوْدِ السَّلَمِ بعد سقوطه.

قالوا[٢]: هذا إذا خَلَطَا رأسَ المال، فإن لم يكونا قد خَلَطَاه: فعلىٰ الوجه الأول: هو علىٰ الخلاف، وعلىٰ الوجه الثاني: هو علىٰ الاتفاق[٣]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: قائمٌ.

(٢) أي قال المتأخرون من مشايخنا. البناية ١٢/٣٥٩.

(٣) في الجواز، أي صحَّ صلح أحدهما علىٰ الاتفاق علىٰ رأس ماله.

فصلٌ في التَّخَارُج

وإذا كانت التركةُ بين ورثةٍ، فأخرجوا أحدَهم منها بمالٍ أعطَوْه إياه، والتركةُ عقارٌ، أو عُروضٌ: جاز، قليلاً كان ما أعطَوْه إياه أو كثيراً.

فصلٌ في التَّخَارُج[1]

قال: (وإذا كانت التركةُ بين ورثةٍ، فأخرجوا أحدَهم منها بمالٍ أعطَوْه إياه، والتركةُ عقارٌ، أو عُروضٌ: جاز، قليلاً كان ما أعطَوْه إياه أو كثيراً)؛ لأنه أمكن تصحيحُه بيعاً.

وفيه أثرُ عثمانَ رضي الله عنه، فإنه صالَحَ تُماضِرَ الأشجعيةَ امرأةَ عبدِ الرحمن بنِ عَوْفٍ رضي الله عنهما عن رُبُعِ ثُمُنِها علىٰ ثمانين ألفَ دينارٍ[2].

---

(١) التخارُجُ هو: إخراجُ بعضِ الورثةِ عما يستحقُّه من التركة بمالٍ يُدفع إليه. البناية ٣٥٩/١٢.

(٢) قال في نصب الراية ١١٢/٤: غريب بهذا اللفظ، ثم ذكر عن المصنَّف لعبد الرزاق (١٥٢٥٦) أن امرأة عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهلُه من ثلث الـثُّمُن بثلاثةٍ وثمانين ألف درهم، ونقل عن الطبقات لابن سعد ١٣٦/٣ في ترجمة عبد الرحمن ابن عوف أنه ترك أربع نسوة، وأُخرجت إحداهن من ثُمُنها بثمانين ألف.

كما نقل عن ابن سعد في الطبقات ١٢٩/٣ في قصة زواج عبد الرحمن من تُماضِر هذه، أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بعث عبد الرحمن بن عوف في سبعمائة إلىٰ دومة الجَنْدل سنة ست، فنقض عمامته، ثم عمَّمه بعمامة سوداء، فأرخىٰ بين كتفيه منها، فقَدِمَ دومة الجندل، فدعاهم إلىٰ الإسلام فأبَوْا ثلاثاً، ثم أسلم الأصبغ بن عمرو=

وإن كانت التَّرِكةُ فضةً، فأعطَوْه ذهباً، أو كانت ذهباً، فأعطَوْه فضةً: فهو كذلك.

وإن كانتِ التركةُ ذهباً وفضةً وغيرَ ذلك، فصالحوه علىٰ ذهبٍ. . . . .

قال: (وإن كانت التَّرِكةُ فضةً، فأعطَوْه ذهباً، أو كانت ذهباً، فأعطَوْه فضةً: فهو كذلك[1]).

لأنه بيعُ الجنس بخلاف الجنسِ، فلا يُعتبرُ التساوي، ويُعتبرُ التقابضُ في المجلس؛ لأنه صَرْفٌ.

غيرَ أن الذي في يده بقيةُ التركةِ إن كان جاحِداً: يكتَفِي بذلك القبض؛ لأنه قَبْضُ ضمانٍ، فينوبُ عن قَبْضِ الصلح[2]، وإن كان مقِرّاً: فلا بدَّ من تجديدِ القبض؛ لأنه قَبْضُ أمانةٍ، فلا ينوبُ عن قَبْضِ الصلح[3].

قال: (وإن كانتِ التركةُ ذهباً وفضةً وغيرَ ذلك، فصالحوه علىٰ ذهبٍ

الكلبي، وكان نصرانياً، وكان رأسَهم، فبعث عبد الرحمن إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بذلك، فكتب إليه أن تزوج تماضِرَ بنتَ الأصبغ، فتزوج بها، وأقبل بها، وهي أم ولده أبي سلمة.

وهكذا نقل في نصب الراية ٤/١٣: عن ابن سعد في الطبقات ٨/٢٩٩ في ترجمة تُماضِر أنه كان فيها سوء خلق، وكانت علىٰ تطليقتين من عبد الرحمن بن عوف، فطلقها الثالثة وهو في مرض موته، فورَّثها عثمان منه بعد انقضاء العدة.

وعدَّها ابن حجر في الإصابة ٤/٢٥٥ من الصحابيات رضي الله عنهن.

(١) أي يجوز.

(٢) وهو قبض ضمانٍ؛ لأنه مثله.

(٣) لأنه أدنىٰ منه. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

أو فضة: فلا بدَّ أن يكونَ ما أعطَوْه أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس، حتىٰ يكونَ نصيبُه بمثلِه، والزيادةُ بحَقِّه من بقية التركة.

وإذا كان في التركةِ دَيْنٌ علىٰ الناس، فأدخلوه في الصلحِ علىٰ أن يُخرِجوا المُصالِحَ عنه، ويكونَ الدينُ لهم: فالصلحُ باطلٌ.

وإن شرطوا أن يَبرأَ الغرماءُ منه، ولا يُرجَعُ عليهم بنصيب المصالِحِ: . .

أو فضة: فلا بدَّ أن يكونَ ما أعطَوْه أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس، حتىٰ يكونَ نصيبُه بمثلِه، والزيادةُ بحَقِّه من بقية التركة)؛ احترازاً عن الربا.

ولا بدَّ من التقابضِ فيما يُقابِلُ نصيبَه من الذهب والفضة؛ لأنه صَرْفٌ في هذا القَدْر.

ولو كان بدلُ الصلحِ عَرْضاً: جاز مطلقاً؛ لعدم الربا.

ولو كان في التركة دراهمُ ودنانيرُ، وبدلُ الصلح دراهمُ ودنانيرُ أيضاً: جاز الصلحُ كيفما كان؛ صَرْفاً للجنس إلىٰ خلاف الجنس، كما في البيع، لكن يُشترطُ التقابضُ للصرف.

قال: (وإذا كان في التركةِ دَيْنٌ علىٰ الناس، فأدخلوه[1] في الصلحِ علىٰ أن يُخرِجوا المُصالِحَ[2] عنه، ويكونَ الدينُ لهم: فالصلحُ باطلٌ)؛ لأن فيه تمليكَ الدينِ مِن غير مَن عليه الدينُ، وهو حصةُ المصالِح.

قال: (وإن شرطوا أن يَبرأَ الغرماءُ منه، ولا يُرجَعُ عليهم[3] بنصيب المصالِحِ:

---

(١) أي أدخل الورثة الدين في الصلح.

(٢) بكسر اللام، كما في النسخ، والبناية ١٢/٣٦١، أي المصلِح عن الدين.

(٣) أي ولا يَرجع أحدٌ من الورثة علىٰ الغرماء.

فالصلحُ جائزٌ.

فالصلحُ جائزٌ)؛ لأنه إسقاطٌ، أو هو تمليكُ الدينِ ممَّن عليه الدينُ، وهو جائزٌ، وهذه حيلةُ الجواز.

وأخرىٰ[1]: أن يُعَجِّلوا قضاءَ نصيبِه متبرِّعين.

وفي الوجهَينْ ضَرَرٌ ببقية الورثة.

والأوجهُ: أن يُقرِضوا المصالِحَ مقدارَ نصيبِه من الدَّيْن، ويصالِحوا عمَّا وراءَ الدَّيْن، ويُحيلُهم علىٰ استيفاءِ نصيبِه من الغرماء.

ولو لم يكن في التركةِ دَيْنٌ، وأعيانُها غيرُ معلومةٍ، والصلحُ علىٰ المكيل والموزون: قيل: لا يجوزُ؛ لاحتمال الربا، وقيل: يجوزُ؛ لأنه شُبهةُ الشبهة.

ولو كانتِ التركةُ غيرَ المكيل والموزون، لكنها أعيانٌ غيرُ معلومةٍ[2]:

قيل: لا يجوز؛ لكونه بيعاً[3]، إذِ المصالَحُ عنه عينٌ.

والأصحُّ أنه يجوزُ؛ لأنها لا تُفضي إلىٰ المنازعة؛ لقيام المصالَحِ عنه في يدِ البقيةِ من الورثة.

وإن كان علىٰ الميتِ دَيْنٌ مُستَغْرِقٌ[4]: لا يجوز الصلحُ، ولا القسمةُ؛

---

(١) أي حيلةٌ أخرىٰ.

(٢) كالثياب.

(٣) والجهالةُ فيه مانعةٌ، بخلاف الصلح عن الديون والحقوق المجهولة؛ لأنه إسقاطٌ. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٤) أي مستغرق جميع الترِكة.

. . . .

لأن التركةَ لم يتملَّكْها الورثةُ.

وإن لم يكن مستغرِقاً: لا ينبغي أن يصالِحوا ما لم يَقْضُوا دَيْنَه، فتُقدَّمُ[١] حاجةُ الميت.

ولو فعلوا: قالوا[٢]: يجوز.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله في القسمة: أنها لا تجوزُ؛ استحساناً، وتجوزُ قياساً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: لتقدُّم.

(٢) أي مشايخُ الحنفية رحمهم الله تعالىٰ.

كتاب المُضاربة

. . . .

كتاب المُضاربة

قال رحمه الله: المُضاربة: مشتقَّةٌ من الضَّرْب في الأرض؛ سُمِّيَ بها[1]؛ لأنَّ المضارِبَ يَستَحِقُّ الرِّبْحَ بسَعْيه وعملِه.

وهي مشروعةٌ؛ للحاجة إليها، فإن الناسَ بين غنيٍّ بالمال، غبِيٍّ عن التصرُّف فيه، وبين مُهتدٍ في التصرف، صِفْرِ اليدِ عنه، فمسَّتِ الحاجةُ إلىٰ شَرْعِ هذا النوعِ من التصرُّفِ؛ لتنتظِمَ مصلحةُ الغَبِيِّ والذَّكِيِّ، والفقيرِ والغنيِّ.

وبُعِثَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم والناسُ يباشرونه، فقرَّرَهم عليه[2].

---

(١) وفي نُسخ: به. باعتبار العقد، أي سُمِّي عقد المضاربة بهذه اللفظة.

(٢) فعن السائب بن أبي السائب أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مرحباً بأخي وشريكي، كان لا يُداري، ولا يُماري»: مسند أحمد (١٥٥٠٥)، المستدرك (٢٣٥٧)، سنن أبي داود (٤٨٠٣)، وسكت عنه، سنن ابن ماجه (٢٢٨٣)، قال المنذري في اختصار سنن أبي داود ١٨٨/٧: «قد اختلف في إسناده اختلافاً كثيراً». اهـ، وينظر نصب الراية ٤٧٤/٣، التلخيص الحبير ٤٩/٣.

ومعنىٰ: «لا يُداري، ولا يماري»: أي سهلٌ في المعاملة، لا يخالِفُ، ولا يمانعُ، ولا يجادِلُ، ولا يخاصِمُ.

* وينبه هنا إلىٰ أن الزيلعي في نصب الراية ١١٣/٤ (كتاب المضاربة) بيَّض =

المضاربةُ: عَقْدٌ علىٰ الشركة بمالٍ من أحدِ الجانبَيْن، والعملِ من الجانبِ الآخَرِ.

وتعاملتْ به الصحابةُ[1] رضي الله عنهم.

ثم المدفوعُ إلىٰ المضارِبِ أمانةٌ في يده؛ لأنه قَبَضَه بأمرِ مالكِه، لا علىٰ وجه البدل والوثيقة.

وهو وكيلٌ فيه؛ لأنه يتصرَّفُ فيه بأمرِ مالِكِه، وإذا رَبِحَ: فهو شريكٌ فيه؛ لتملُّكِه جزءاً من المالِ بعمله، وإذا فَسَدَتْ: ظهرتِ الإجارةُ، حتىٰ استوجبَ العاملُ أجرَ مثلِه.

وإذا خالف[2]: كان غاصباً؛ لوجود التعدِّي منه علىٰ مالِ غيره.

قال: (المضاربةُ: عَقْدٌ علىٰ الشركة بمالٍ من أحدِ الجانبَيْن).

ومرادُه: الشركةُ في الربح، وهو يُستَحَقُّ بالمال من أحدِ الجانبَيْن.

(والعملِ من الجانبِ الآخَرِ)، ولا مضاربةَ بدونها[3].

ألا ترىٰ أن الربحَ لو شُرِطَ كلُّه لربِّ المال: كان بِضاعةً[4]، ولو شُرِطَ

لتخريج تقريره صلىٰ الله عليه وسلم، ولم يُخرِّجه، مع أنه في أول كتاب الشركة ٤٧٤/٣، خرَّجه وكذلك فعل ابن حجر في الدراية ٢/١٨١ فقال عن التقرير: لم أجده، مع أنه خرَّجه في الدراية ٢/١٤٤ أول كتاب الشركة.

(١) ينظر لهذه الآثار نصب الراية ٤/١١٣، وعزاها للموطأ ٢/٦٨٧ وغيره.

(٢) أي المضارب.

(٣) أي بدون الشركة.

(٤) أي دَفْعُ المال للغير ليعمل به متبرِّعاً بدون عوض. المصباح المنير (بضع)، حاشية أبي السعود علىٰ منلا مسكين علىٰ الكنز ٣/١٨٩، العناية ٧/٤١٦.

ولا تصحُّ إلا بالمال الذي تصحُّ به الشركةُ.

ومِن شَرْطِها: أن يكونَ الربحُ بينهما مُشاعاً، لا يَستَحِقُّ أحدُهما دراهمَ مسمَّاةً من الرِّبْح.

جميعُه للمضارب: كان قَرْضاً.

قال: (ولا تصحُّ إلا بالمال الذي تصحُّ به الشركةُ).

وقد تقدَّم بيانُه من قبل.

ولو دَفَعَ إليه عَرْضاً، وقال: بعْهُ، واعمَلْ مضاربةً في ثمنه: جاز؛ لأنه يَقبلُ الإضافةَ؛ من حيث إنه توكيلٌ وإجارةٌ، فلا مانعَ من الصحة.

وكذا إذا قال له: اِقبِضْ ما لي علىٰ فلانٍ، واعمَلْ به مضاربةً: جاز؛ لِمَا قلنا.

بخلاف ما إذا قال: اعمَلْ بالدَّيْن الذي لي في ذِمَّتكَ، حيث لا تصحُّ المضاربة؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصحُّ هذا التوكيل، علىٰ ما مرَّ في البيوع.

وعندهما: تصحُّ، لكنْ يقعُ الملكُ في المشترَىٰ للآمِر، فيصيرُ مضاربةً بالعَرْض.

قال: (ومِن شَرْطِها: أن يكونَ الربحُ بينهما مُشاعاً، لا يَستَحِقُّ أحدُهما دراهمَ مسمَّاةً من الرِّبْح[1])؛ لأن شَرْطَ ذلك يَقطعُ الشركةَ بينهما، ولا بدَّ منها، كما في عقد الشركة.

---

(١) قوله: من الربح: مثبتٌ في نُسَخٍ، دون أخرىٰ، وينظر البناية ١٢/٣٧١.

فإن شَرَطَ زيادةَ عشرةِ دراهمَ: فله أَجْرُ مثلِه.

قال: (فإن شَرَطَ زيادةَ عشرةِ دراهمَ: فله أَجْرُ مثلِه)؛ لفساده، فلعلَّه لا يربحُ إلا هذا القدرَ، فتنقطعُ الشركةُ في الربح.

وهذا لأنه ابتغىٰ عن منافعه عِوَضاً، ولم يَنَل؛ لفساده، والربحُ لربِّ المال؛ لأنه نماءُ ملكِه.

وهذا هو الحُكمُ في كلِّ موضعٍ لم تصحَّ فيه المضاربةُ.

ولا يُجاوَزُ بالأجر القَدْرُ المشروطُ عند أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمدٍ رحمه الله، كما بيَّنَّا في الشركة.

ويجبُ الأجرُ وإن لم يربحْ في رواية «الأصل»؛ لأن أجرَ الأجير يجبُ بتسليم المنافع، أو العملِ، وقد وُجِدَ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجبُ؛ اعتباراً بالمضاربة الصحيحة، مع أنها فوقَها، والمالُ في المضاربة الفاسدةِ غيرُ مضمونٍ بالهلاك؛ اعتباراً بالصحيحة.

ولأنه عينٌ مستأجَرَةٌ في يده.

وكلُّ شَرْطٍ يوجِبُ جهالةً في الربح: يُفسِدُها؛ لاختلال[1] مقصودِه.

وغيرُ ذلك من الشروط الفاسدة: لا يُفسِدُها، ويَبطلُ الشرطُ، كاشتراط الوضيعةِ علىٰ المضارب.

---

(١) وفي نُسخ: لاختلاف.

ولا بدَّ أن يكون المالُ مُسَلَّماً إلىٰ المضارِبِ، ولا يدَ لربِّ المالِ فيه.

قال: (ولا بدَّ أن يكون المالُ مُسَلَّماً إلىٰ المضارِبِ، ولا يدَ لربِّ المالِ فيه)؛ لأن المالَ أمانةٌ في يده، فلا بدَّ من التسليم إليه.

وهذا بخلاف الشركة؛ لأن المالَ في المضاربة من أحدِ الجانبَيْن، والعملَ من الجانبِ الآخَر، فلا بدَّ من أن يَخْلُصَ المالُ للعامل؛ ليتمكَّن من التصرُّف فيه.

أما العملُ في الشركة فمِن الجانبَيْن، فلو شُرِطَ خُلُوصُ اليدِ لأحدهما: لم تنعقدِ الشركةُ.

وشَرْطُ العملِ علىٰ ربِّ المال: مفسدٌ للعقد؛ لأنه يَمنعُ خُلُوصَ يدِ المضارب، فلا يتمكَّنُ من التصرُّفِ، فلا يتحقَّقُ المقصودُ.

وسواءٌ كان المالكُ عاقداً[1] أو غيرَ عاقدٍ، كالصغير؛ لأن يدَ المالكِ ثابتةٌ له، وبقاءُ يدِه يَمنعُ من التسليم إلىٰ المضارب.

وكذا أحدُ المتفاوِضَيْن، وأحدُ شريكيِ العِنَان إذا دَفَعَ المالَ مضاربةً، وشَرَطَ عملَ صاحبِه؛ لقيام الملكِ له وإن لم يكن عاقداً.

واشتراطُ العملِ علىٰ العاقد مع المضارب، وهو غيرُ مالكٍ: يُفسِدُه إن لم يكن من أهلِ المضاربة فيه[2]، كالمأذون.

---

(١) أي بالغاً. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وغير العاقد كالصغير: أي كالأب والوصي.

(٢) أي في المال.

وإذا صحَّتِ المضاربةُ مطلَقةً: جاز للمضارِبِ أن يبيعَ، ويشتريَ، ويُوكِّلَ، ويسافرَ، ويُبضِعَ، ويُودِعَ.

بخلاف الأبِ والوصيِّ؛ لأنهما من أهل أنْ يأخذا مالَ الصغيرِ مضاربةً بأنفسهما، فكذا اشتراطُه عليهما بجزءٍ من المال.

قال: (وإذا صحَّتِ المضاربةُ مطلَقةً: جاز للمضارِبِ أن يبيعَ، ويشتريَ، ويُوكِّلَ، ويسافرَ، ويُبضِعَ، ويُودِعَ)؛ لإطلاق العقدِ، والمقصودُ منه الاسترباحُ، ولا يتحصَّلُ إلا بالتجارة، فينتظمُ العقدُ صُنُوفَ التجارة، وما هو من صنيعِ التجَّار، والتوكيلُ من صنيعِهم.

وكذا الإبضاعُ والإيداعُ والمسافرةُ؛ ألا ترىٰ أن المودَعَ له أن يسافرَ بالوديعة: فالمضارِبُ أَوْلىٰ، كيف وأنَّ اللفظَ[١] دليلٌ عليه؛ لأنها مشتقَّةٌ من الضرب في الأرض، وهو السَّيْر.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه ليس له أن يُسافِر.

وعنه، وعن[٢] أبي حنيفة رحمهما الله: أنه إن دَفَعَ إليه في بلده[٣]: فليس له أن يسافر؛ لأنه تعريضٌ علىٰ الهلاك من غيرِ ضرورة.

وإن دَفَعَ في غيرِ بلدِه: فله أن يسافرَ إلىٰ بلدِه؛ لأنه هو المرادُ في الغالب.

---

(١) أي لفظ: المضاربة.

(٢) وفي نُسخ: وعنه عن.

(٣) أي بلد رب المال.

ولا يُضارِبُ إلا أن يَأذَنَ له ربُّ المالِ، أو يقولَ له: اعمَلْ برأيك.

وإن خَصَّ له ربُّ المالِ التصرُّفَ في بلدٍ بعَيْنه، أو في سلعةٍ بعَيْنها: . . .

والظاهرُ[١] ما ذَكَرَ في «الكتاب[٢]».

قال: (ولا يُضارِبُ إلا أن يَأذَنَ له ربُّ المالِ، أو يقولَ له: اعمَلْ برأيك)؛ لأن الشيءَ لا يتضمَّنُ مثلَه؛ لتساويهما في القوَّة، فلا بدَّ من التنصيصِ عليه[٣]، أو التفويضِ المطلَقِ إليه، فكان كالتوكيل، فإن الوكيلَ لا يملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَه، إلا إذا قيل له: اعمَلْ برأيك.

بخلاف الإيداعِ، والإبضاعِ؛ لأنه دونَه، فيتضمَّنُه.

وبخلاف الإقراضِ، حيث لا يملِكُه وإن قيل له: اعمِلْ برأيك؛ لأن المرادَ منه التعميمُ فيما هو من صنيع التجار، وليس الإقراضُ منه، وهو تبرُّعٌ، كالهبة والصدقة، فلا يحصُلُ به الغرضُ، وهو الربحُ؛ لأنه لا تجوز الزيادةُ عليه.

أما الدفعُ مضاربةً: فمِن صَنِيْعِهم.

وكذا الشركةُ والخَلْطُ بمالِ نفسِه، فيَدخلُ تحتَ هذا القول.

قال: (وإن خَصَّ له ربُّ المالِ التصرُّفَ في بلدٍ بعَيْنه، أو في سلعةٍ بعَيْنها:

---

(١) أي ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعاً: ما ذَكَرَه القدوري في مختصره أنَّ له أن يُبضِعَ ويسافرَ... إلىٰ آخره. البناية ١٢/٣٧٦.

(٢) أي مختصر القدوري. أي له أن يسافر.

(٣) يعني يقول ربُّ المال للمضارب: أعطِ المالَ مضاربةً.

لم يَجُزْ له أن يتجاوَزَها.

فإن خَرَجَ إلىٰ غيرِ تلك البلدة، فاشترىٰ: ضَمِنَ.

لم يَجُزْ له أن يتجاوَزَها)؛ لأنه توكيلٌ، وفي التخصيص فائدةٌ، فيتخصَّصُ.

وكذا ليس له أن يدفعَه[١] بضاعةً إلىٰ مَن يُخرِجُها[٢] من تلك البلدة؛ لأنه لا يَملكُ الإخراجَ بنفسه، فلا يملكُ تفويضَه إلىٰ غيره.

قال: (فإن خَرَجَ إلىٰ غيرِ تلك البلدة[٣]، فاشترىٰ: ضَمِنَ)؛ وكان ذلك له[٤]، وله ربحُه؛ لأنه تصرَّفَ فيه بغير أمرِه.

وإن لم يشترِ حتىٰ ردَّه إلىٰ الكوفة مثلاً، وهي التي عيَّنها للتصرُّف: بَرِئَ من الضمان، كالمودَعِ إذا خالف في الوديعة، ثم تَرَكَ[٥]، ورَجَعَ المالُ مضاربةً علىٰ حاله؛ لبقائه في يدِه مضاربةً بالعقد السابق.

وكذا إذا ردَّ بعضَه[٦]، واشترىٰ ببعضِه في المصر[٧]: كان المردودُ[٨] والمشتَرَىٰ في المصر علىٰ المضاربة؛ لِمَا قلنا.

---

(١) أي المال.

(٢) أي البضاعة.

(٣) وفي نُسخ: غير ذلك البلد. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

(٤) أي وكان ذلك الذي اشتراه للمضارب.

(٥) أي ترك المخالفة، وردَّها إلىٰ مكانها.

(٦) أي ردَّ المضاربُ بعضَ المال علىٰ رب المال.

(٧) أي قبل الخروج.

(٨) علىٰ رب المال.

. . . .

ثم شَرَطَ الشراءَ بها ها هنا[١]، وهو روايةُ «الجامع الصغير»، وفي كتاب المضاربة[٢]: ضَمِنَه بنفس الإخراج، والصحيحُ أنَّ بالشراء يتقرَّرُ الضمانُ؛ لزوال احتمالِ الردِّ إلىٰ المصر الذي عيَّنه.

أما الضمانُ: فوجوبُه بنفس الإخراج، وإنما شَرَطَ الشراءَ؛ للتقرُّر، لا لأصل الوجوب[٣].

وهذا بخلاف ما إذا قال: علىٰ أن يشتريَ في سوق الكوفة، حيث لا يصحُّ التقييدُ؛ لأن المصرَ مع تبايُنِ أطرافِه: كبُقْعةٍ واحدةٍ، فلا يُفيدُ التقييدُ، إلا إذا صرَّحَ بالنهي، بأن قال: اعمَلْ في السوق، ولا تعملْ في غير السوق؛ لأنه صرَّحَ بالحَجْر، والولايةُ إليه[٤].

ومعنىٰ التخصيص: أن يقولَ له: علىٰ أن تعملَ كذا، أو في مكان كذا.

وكذا إذا قال: خُذْ هذا المالَ تعملُ به في الكوفة؛ لأنه تفسيرٌ له، أو قال: فاعمَلْ به في الكوفة؛ لأن الفاء للوصل، أو قال: خُذْه بالنصف[٥] بالكوفة؛ لأن الباءَ للإلصاق.

---

(١) أي في الجامع الصغير. البناية ٣٧٩/١٢، ونصُّ الجامع الصغير ص٢١١: مضاربٌ اشتُرط عليه أن يبيعَ بالكوفة، فخرج إلىٰ البصرة، فاشترىٰ بالمال: ضَمِنَ.

(٢) من الأصل لمحمد رحمه الله.

(٣) يعني لتقرر الوجوب، لا لأصل وجوب الضمان. وينظر البناية ٣٧٩/١٢.

(٤) أي إلىٰ رب المال.

(٥) أي نصف الرِّبح.

وكذلك إن وقَّتَ للمضاربة وقتاً بعَيْنه : يَبطُلُ العقدُ بمُضيِّه .

وليس للمضارِبِ أن يشتريَ مَن يَعتِقُ علىٰ ربِّ المال؛ لقرابةٍ، أو غيرِها .

أما إذا قال: خُذْ هذا المالَ، واعمَل به بالكوفة: فله أن يعملَ فيها وفي غيرها؛ لأن الواو للعطف، فيصيرُ بمنزلة المَشُورة.

ولو قال: علىٰ أن تشتريَ من فلانٍ، وتبيعَ منه: صحَّ التقييدُ؛ لأنه مفيدٌ[1]؛ لزيادة الثقةِ به في المعاملة.

بخلاف ما إذا قال: علىٰ أن تشتريَ به من أهل الكوفة، أو دَفَعَ المالَ مضاربةً في الصرف علىٰ أن تشتريَ به من الصيارفة، وتبيعَ منهم، فباع بالكوفة من غيرِ أهلها، أو من غيرِ الصيارفة: جاز؛ لأن فائدةَ الأول: التقييدُ بالمكان، وفائدةَ الثاني: التقييدُ بالنوع، هذا هو المرادُ عُرفاً، لا فيما وراءَ ذلك.

قال: (وكذلك إن وقَّتَ للمضاربة وقتاً بعَيْنه: يَبطُلُ العقدُ بمُضيِّه)؛ لأنه توكيلٌ، فيَتوقَّتُ بما وقَّته، والتوقيتُ مفيدٌ[2].

وإنه تقييدٌ بالزمان، فصار كالتقييد بالنوع، والمكان.

قال: (وليس للمضارِبِ أن يشتريَ مَن يَعتِقُ علىٰ ربِّ المال؛ لقرابةٍ، أو غيرِها).

---

(١) وفي نُسخ: مقيِّدٌ. بالقاف.

(٢) وفي نُسخ: مقيِّدٌ. بالقاف.

ولو فَعَلَ: صار مشترياً لنفسه، دون المضاربة.

فإن كان في المال رِبْحٌ: لم يَجُزْ له أن يشتريَ مَن يَعتِقُ عليه.

وإن اشتراهم: ضَمِنَ مالَ المضاربة.

وإن لم يكن في المالِ ربحٌ: جاز أن يشتريَهم.

لأن العقدَ وُضِعَ لتحصيل الربح، وذلك بالتصرفِ مرةً بعد أخرىٰ، ولا يتحقَّقُ فيه؛ لعِتْقِه، ولهذا لا يدخلُ في المضاربةِ شراءُ ما لا يُملَكُ بالقبض، كشراء الخمر، والشراءِ بالميتة.

بخلاف البيع الفاسد: لأنه يُمكِنُه بيعُه بعد قَبْضِه، فيتحقَّق المقصودُ.

قال: (ولو فَعَلَ[1]: صار مشترياً لنفسه، دون المضاربة)؛ لأن الشراءَ متىٰ وَجَدَ نفاذاً علىٰ المشتري: نَفَذَ عليه، كالوكيل بالشراء إذا خالف.

قال: (فإن كان في المال رِبْحٌ: لم يَجُزْ له أن يشتريَ مَن يَعتِقُ عليه)؛ لأنه يَعتِقُ عليه نصيبُه، ويَفسُدُ نصيبُ ربِّ المال، أو يَعتِقُ علىٰ الاختلاف المعروف[2]، فيَمتنعُ التصرُّفُ، فلا يحصلُ المقصود.

قال: (وإن اشتراهم[3]: ضَمِنَ مالَ المضاربة)؛ لأنه يصيرُ مشترياً العبدَ لنفسه، فيَضمَنُ بالنقد من مالِ المضاربة.

(وإن لم يكن في المالِ ربحٌ: جاز أن يشتريَهم).

---

(١) يعني اشترىٰ المضاربُ أبا ربِّ المال.

(٢) وهو أن الإعتاق يتجزَّأ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. البناية ١٢/ ٣٨٤.

(٣) أي اشترىٰ المضاربُ مَن يَعتِقُ عليه.

فإن زادت قيمتُهم بعد الشراء: عَتَقَ نصيبُه منهم، ولم يضمنْ لربِّ المالِ شيئاً، ويسعىٰ العبدُ في قيمةِ نصيبِه منه.

فإن كان مع المضاربِ ألفٌ بالنصف، فاشترىٰ بها جاريةً قيمتُها ألفٌ، فوطئها، فجاءتْ بولدٍ يساوي ألفاً، فادَّعاه، ثم بلغتْ. . . . .

لأنه لا مانعَ من التصرف، إذْ لا شركةَ له فيه ليَعتِقَ عليه[1].

قال: (فإن زادت قيمتُهم[2] بعد الشراء: عَتَقَ نصيبُه منهم)؛ لمِلكِه بعضَ قريبِه.

(ولم يضمنْ لربِّ المالِ شيئاً)؛ لأنه لا صُنْعَ من جهته في زيادة القيمة، ولا في ملكِه الزيادةَ؛ لأن هذا شيءٌ يثبتُ من طريق الحكم، فصار كما إذا وَرِثَه مع غيره.

(ويسعىٰ العبدُ في قيمةِ نصيبِه منه)؛ لأنه احتُبِسَتْ ماليَّتُه عنده، فيسعىٰ فيه، كما في الوراثة[3].

قال: (فإن كان مع المضاربِ ألفٌ بالنصف[4]، فاشترىٰ بها جاريةً قيمتُها ألفٌ، فوطئها[5]، فجاءتْ بولدٍ يساوي ألفاً، فادَّعاه[6]، ثم بلغتْ

---

(١) أي لا شركة للمضارب في المال حتىٰ يعتق مَن يشتريه علىٰ المضارب.

(٢) وفي نُسخ: قيمته.

(٣) كإن ورث جماعةٌ عبداً يعتق أحدهم نصيبه: فإنه يسعىٰ في نصيب رب المال.

(٤) أي بنصف الربح.

(٥) أي من غير نكاح.

(٦) أي المضارب.

قيمةُ الغلام ألفاً وخمسَمائةٍ، والمدَّعي موسِرٌ: فإن شاء ربُّ المالِ استسعىٰ الغلامَ في ألفٍ ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق.

قيمةُ الغلام ألفاً وخمسَمائةٍ، والمدَّعي موسِرٌ: فإن شاء ربُّ المالِ استسعىٰ الغلامَ في ألفٍ ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق).

ووَجْه ذلك: أن الدِّعوةَ صحيحةٌ في الظاهر؛ حَمْلاً علىٰ فراش النكاح؛ لكنها[1] لم تَنفُذْ؛ لفَقْد شَرْطِها، وهو الملكُ؛ لعدم ظهورِ الربحِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما، أعني الأمَّ والولدَ مستَحَقٌّ برأس المال، كمال المضاربةِ إذا صار[2] أعياناً، كلُّ عينٍ منها يساوي رأسَ المال: لا يظهر الربحُ، كذا هذا.

فإذا زادت قيمةُ الغلامِ الآنَ: ظَهَرَ الربحُ، فنَفَذَتِ الدِّعوة السابقة.

بخلاف ما إذا أعتق[3] الولدَ، ثم ازدادت القيمةُ؛ لأن ذلك إنشاءُ العتق، فإذا بطل[4] لعدم الملك: لا يَنفُذُ بعد ذلك بحدوث الملك، أما هذا: فإخبارٌ، فجاز أن يَنفُذَ عند حدوثِ الملك، كما إذا أقرَّ بحريةِ عبدِ غيرِه، ثم اشتراه.

وإذا صحَّتِ الدِّعوة، وثبت النسبُ: عَتَقَ الولدُ؛ لقيام ملكِه في بعضه، ولا يَضمنُ لربِّ المال شيئاً من قيمة الولد؛ لأن عِتْقَه يثبتُ بالنسب

---

(١) أي الدِّعوة، وفي نُسخ: لكنه لم ينفذ لفقد شرطه. بالتذكير، أي الادعاء.

(٢) وفي نُسخ: صارت.

(٣) أي المضارب.

(٤) أي العتق.

ثم إذا قَبَضَ ربُّ المال الألفَ: له أن يُضمِّنَ المدَّعِيَ نصفَ قيمةِ الأم.

والملكِ، والملكُ آخِرُهما وجوداً، فيُضافُ إليه، ولا صُنْعَ له فيه، وهذا ضمانُ إعتاقٍ، فلا بدَّ من التعدي، ولم يوجَد.

وله أن يستسعيَ الغلامَ؛ لأنه احتُبِسَت ماليَّتُه عنده، وله أن يُعتِقَ؛ لأن المستسعَىٰ: كالمكاتَب عند أبي حنيفة رحمه الله.

ويَستَسْعِيه في ألفٍ ومائتين وخمسين؛ لأن الألفَ مستَحَقٌّ برأس المال، والخمسَمائة رِبْحٌ، والربحُ بينهما، فلهذا يسعىٰ له في هذا المقدار.

قال: (ثم إذا قَبَضَ ربُّ المال الألفَ: له أن يُضمِّنَ المدَّعِيَ نصفَ قيمةِ الأم)؛ لأن الألفَ المأخوذَ لَمَّا استُحِقَّ برأس المال؛ لكونه مقدَّماً في الاستيفاء: ظَهَرَ أن الجاريةَ كلَّها ربحٌ، فيكونُ بينهما.

وقد تقدَّمتْ دِعوةٌ صحيحةٌ؛ لاحتمال الفراشِ الثابتِ بالنكاح، وتوقَّفَ نفاذُها لفقد الملك، فإذا ظَهَرَ الملكُ: نَفَذَت تلك الدِّعوة، وصارتِ الجاريةُ أمَّ ولدٍ له.

ويضمَنُ نصيبَ ربِّ المال؛ لأن هذا ضمانُ تملُّكٍ، وضمانُ التملكِ لا يستدعي صُنْعاً، كما إذا استولد جاريةً بالنكاح، ثم مَلَكَها هو وغيرُه وِراثةً: يَضمنُ نصيبَ شريكِه، كذا هذا.

بخلاف ضمانِ الولدِ[1]، علىٰ ما مَرَّ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) يعني ضمانَ إعتاق، فلا بد من التعدي. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

باب
المضارِب يُضارِبُ

وإذا دَفَعَ المضاربُ المالَ إلىٰ غيرِه مضاربةً، ولم يأذنْ له ربُّ المال في ذلك: لم يضمَنْ بالدفع، ولا بتصرُّفِ المضاربِ الثاني حتىٰ يربحَ، فإذا رَبِحَ: ضَمِنَ الأولُ لربِّ المال.

باب
المضارِب يُضارِبُ

قال: (وإذا دَفَعَ المضاربُ المالَ إلىٰ غيرِه مضاربةً، ولم يأذنْ له ربُّ المال في ذلك: لم يضمَنْ بالدفع، ولا بتصرُّفِ المضاربِ الثاني حتىٰ يربحَ، فإذا رَبِحَ: ضَمِنَ الأولُ لربِّ المال).

قال رضي الله عنه: وهذا روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة رحمهما الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إذا عَمِلَ به: ضَمِنَ، رَبِحَ أو لم يربح، وهذا ظاهرُ الرواية.

وقال زفرُ رحمه الله: يَضمنُ بالدفع، عَمِلَ أو لم يعمل، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن المملوكَ له الدفعُ علىٰ وجهِ الإيداع، وهذا الدفعُ علىٰ وجهِ المضاربة.

. . . .

ولهما[1]: أن الدفعَ إيداعٌ حقيقةً، وإنما يتقرَّرُ كونُه للمضاربة: بالعمل، فكان الحالُ مُراعىً قبله.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الدفعَ قبلَ العمل: إيداعٌ، وبعدَه: إبضاعٌ، والفعلان يَملِكُهما المضاربُ، فلا يضمنُ بهما، إلا أنه إذا رَبِحَ فقد أثبت له شركةً في المال، فيَضمنُ، كما لو خَلَطَه بغيره.

وهذا إذا كانتِ المضاربةُ صحيحةً، فإن كانت فاسدةً: لا يَضمنُه الأولُ وإن عَمِلَ الثاني؛ لأنه أجيرٌ فيه، وله أجرُ مثلِه، فلا تثبتُ الشركةُ به.

ثم ذَكَرَ في «الكتاب[2]»: يَضمنُ الأولُ، ولم يذكرِ الثاني.

وقيل: ينبغي أن لا يَضمَنَ الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يَضمَنُ؛ بناءً علىٰ اختلافهم في مودَع المودَع.

وقيل: ربُّ المالِ بالخيار: إن شاء ضَمَّن الأولَ، وإن شاء ضَمَّن الثاني، بالإجماع، وهو المشهور.

وهذا عندهما ظاهرٌ، وكذا عنده.

ووجهُ الفرقِ له بين هذه، وبين مودَعِ المودَع: أن المودَع الثاني يقبضُه لمنفعةِ الأول، فلا يكون ضامناً.

أما المضاربُ الثاني: يعملُ فيه لنفع نفسِه، فجاز أن يكون ضامناً.

---

(١) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٢/٣٩١.

فإذا دَفَعَ إليه ربُّ المال مضاربةً بالنصف، وأَذِنَ له بأن يَدفعَه . . . . . .

ثم إن ضَمَّن الأولَ: صحَّتِ المضاربةُ الثانية بين الأولِ وبين الثاني، وكان الربحُ بينهما علىٰ ما شرَطَا؛ لأنه ظَهَرَ أنه مَلَكَه بالضمان من حين خالَفَ بالدفع إلىٰ غيره، لا علىٰ الوجه الذي رضيَ به، فصار كما إذا دَفَعَ[1] مالَ نفسه.

وإن ضَمَّن الثاني: رجع علىٰ الأول[2] بالعُهدة[3]؛ لأنه عاملٌ له، كما في المودَع.

ولأنه[4] مغرورٌ من جهته في ضِمْنِ العقد.

وتصحُّ المضاربة، والربحُ بينهما علىٰ ما شرَطَا؛ لأن قرارَ الضمان علىٰ الأول، فكأنه ضمَّنه[5] ابتداءً.

ويَطيبُ الربحُ للثاني، ولا يطيبُ للأول[6]؛ لأن الثاني يَستحقُّه بعمله، ولا خُبْثَ في العمل، والأول يستحِقُّه بمِلْكِه المستنِدِ بأداء الضمان، ولا يَعرىٰ عن نوعِ خُبْثٍ.

قال: (فإذا دَفَعَ إليه ربُّ المال مضاربةً بالنصف، وأَذِنَ له بأن يَدفعَه

---

(١) أي المضارب الأول.

(٢) أي رب المال.

(٣) وفي نُسخ: بالعَقْد.

(٤) أي المضارب الثاني.

(٥) أي ضمَّنه ربُّ المال ابتداءً.

(٦) وفي نُسخ: للأعلىٰ، وبدل: الثاني: الأسفل.

مضاربةً إلىٰ غيرِه، فدَفَعَه بالثلث، وقد تصرَّفَ الثاني، ورَبِحَ: فإن كان ربُّ المال قال له: علىٰ أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالىٰ فهو بيننا نصفان: فلربِّ المال: النصفُ، وللمضارب الثاني: الثلثُ، وللمضارب الأولِ: السدسُ.

وإن كان قال له: علىٰ أنَّ ما رَزَقَكَ الله فهو بيننا نصفان: فللمضاربِ الثاني: الثلثُ، والباقي بين المضاربِ الأولِ وربِّ المالِ: نصفان.

مضاربةً إلىٰ غيرِه، فدَفَعَه بالثلث، وقد تصرَّفَ الثاني، ورَبِحَ: فإن كان ربُّ المال قال له: علىٰ أنَّ ما رَزَقَ[1] اللهُ تعالىٰ فهو بيننا نصفان: فلربِّ المال: النصفُ، وللمضارب الثاني: الثلثُ، وللمضارب الأولِ: السدسُ).

لأنَّ الدفعَ إلىٰ الثاني مضاربةً قد صحَّ؛ لوجود الأمرِ به من جهة المالك، وربُّ المال شَرَطَ لنفسه نصفَ جميعِ ما رَزَقَ اللهُ تعالىٰ، فلم يبقِ للأول إلا النصفُ، فيَنْصرِفُ تصرُّفَه إلىٰ نصيبه[2]، وقد جَعَلَ من ذلك بقَدْرِ ثلثُ الجميع للثاني، فيكونُ له، فلم يَبْقَ إلا السدسُ.

ويَطيبُ لهما ذلك؛ لأن فِعْلَ الثاني واقعٌ للأول، كمَن استُؤجر علىٰ خياطةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجر غيرَه عليه بنصف درهم.

قال: (وإن كان قال له: علىٰ أنَّ ما رَزَقَكَ الله فهو بيننا نصفان: فللمضاربِ الثاني: الثلثُ، والباقي بين المضاربِ الأولِ وربِّ المالِ: نصفان).

---

(١) وفي نُسخ: رزقك.

(٢) أي تصرُّف المضارب الأول في المضاربة الثانية.

ولو كان قال له: فما رَبِحْتَ من شيءٍ فبيني وبينك نصفان، وقد دَفَعَ إلىٰ غيرِه بالنصف: فللثاني النصفُ، والباقي بين الأولِ وربِّ المال نصفان.

ولو كان قال له: علىٰ أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالىٰ فليَ نصفُه، أو قال له: فما كان من فَضْلٍ فبيني وبينك نصفان، وقد دَفَعَ إلىٰ آخَرَ مضاربةً بالنصف: فلربِّ المال: النصفُ، وللمضاربِ الثاني: النصفُ، ولا شيءَ للمضارب الأولِ.

لأنه فوَّضَ إليه التصرفَ، وجَعَلَ لنفسه نصفَ جميع ما رَزَقَ الله تعالىٰ للأول، وقد رُزِقَ الثلثين، فيكون بينهما، بخلاف الأول: لأنه جَعَلَ لنفسه نصفَ جميعِ الربح، فافترقا.

قال: (ولو كان قال له: فما رَبِحْتَ من شيءٍ فبيني وبينك نصفان، وقد دَفَعَ إلىٰ غيرِه بالنصف: فللثاني النصفُ، والباقي بين الأول وربِّ المال نصفان)؛ لأن الأولَ شرَطَ للثاني نصفَ الربح، وذلك مفوَّضٌ إليه من جهة ربِّ المال، فيستَحِقُّه.

وقد جَعَلَ ربُّ المال لنفسه نصفَ ما رَبِحَ الأول، ولم يربحْ إلا النصفَ، فيكونُ بينهما.

قال: (ولو كان قال له: علىٰ أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالىٰ فليَ نصفُه، أو قال له: فما كان من فَضْلٍ فبيني وبينك نصفان[1]، وقد دَفَعَ إلىٰ آخَرَ مضاربةً بالنصف: فلربِّ المال: النصفُ، وللمضاربِ الثاني: النصفُ، ولا شيءَ للمضارب الأولِ).

---

(١) وفي نُسخ: نصفين.

وإن شَرَطَ للمضارب الثاني ثلثي الربح : فلربِّ المالِ : النصفُ، وللمضاربِ الثاني : النصفُ، ويَضمَنُ المضاربُ الأول للثاني سُدُسَ الربح في ماله.

لأنه جَعَلَ لنفسه نصفَ مطلَقِ الفضل، فيَنصرفُ شَرْطُ الأول النصفَ للثاني إلىٰ جميع نصيبه، فيكونُ للثاني بالشرط، ويَخرجُ الأول بغير شيءٍ، كمَن استُؤجر ليخيطَ ثوباً بدرهم، فاستأجر غيرَه ليخيطَه بدرهم[1].

قال: (وإن شَرَطَ للمضارب الثاني ثلثي الربح: فلربِّ المالِ: النصفُ، وللمضاربِ الثاني: النصفُ، ويَضمَنُ المضاربُ الأول للثاني سُدُسَ الربح في ماله).

لأنه شَرَطَ للثاني شيئاً هو مُستَحَقٌّ لربِّ المال، فلم يَنفُذْ في حَقِّه؛ لِمَا فيه من الإبطال، لكنَّ التسميةَ في نفسها صحيحةٌ؛ لكون المسمَّىٰ معلوماً في عقدٍ يملكُه، وقد ضَمِنَ له السلامةَ، فيلزمُه الوفاءُ به.

ولأنه غَرَّه في ضِمْنِ العقد، وهو سببُ الرجوع، فلهذا يَرجعُ عليه.

وهو نظيرُ مَن استُؤجِرَ لخياطة ثوبٍ بدرهمٍ، فدَفَعَه إلىٰ مَن يَخيطُه بدرهمٍ ونصفٍ[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: بمثله.

(٢) فيجب نصف درهم عليه، فكذا هذا. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

فصلٌ

وإذا شَرَطَ المضاربُ لربِّ المالِ ثلثَ الربح، ولعبدِ ربِّ المال ثلثَ الربح، علىٰ أن يعملَ العبدُ معه، ولنفسه ثلثَ الربح : فهو جائزٌ.

فصلٌ

قال: (وإذا شَرَطَ المضاربُ لربِّ المالِ ثلثَ الربح، ولعبدِ ربِّ المال ثلثَ الربح، علىٰ أن يعملَ العبدُ معه، ولنفسه ثلثَ الربح: فهو جائزٌ)؛ لأن للعبد يداً معتبرةً، خصوصاً إذا كان مأذوناً له، واشتراطُ العمل: إذنٌ له، ولهذا لا يكون للمولىٰ ولايةُ أَخْذِ ما أودعه العبدُ وإن كان محجوراً عليه، ولهذا يجوزُ بيعُ المولىٰ من عبدِه المأذونِ له.

وإذا كان كذلك: لم يكن مانعاً من التسليم والتخليةِ بين المال والمضارب.

بخلاف اشتراطِ العملِ علىٰ ربِّ المال؛ لأنه مانعٌ من التسليم، علىٰ ما مَرَّ.

وإذا صحَّتِ المضاربةُ: يكون الثلثُ: للمضارب بالشرط، والثلثان: للمولىٰ؛ لأن كَسْبَ العبدِ: للمولىٰ إذا لم يكن عليه دَيْنٌ، وإن كان عليه دينٌ: فهو للغرماء، هذا إذا كان العاقدُ هو المولىٰ.

ولو عَقَدَ العبدُ المأذونُ له عقدَ المضاربة مع أجنبيٍّ، وشَرَطَ العملَ علىٰ المولىٰ: لا يصحُّ إن لم يكن عليه دينٌ؛ لأن هذا اشتراطُ العملِ علىٰ المالك.

وإن كان علىٰ العبدِ دينٌ: صحَّ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المولىٰ بمنزلة الأجنبيِّ عنده، علىٰ ما عُرِفَ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ في العَزْل والقِسمة

وإذا مات ربُّ المال أو المضاربُ: بَطَلَتِ المضاربةُ.

وإن ارتدَّ ربُّ المالِ عن الإسلام، والعياذُ بالله، ولَحِقَ بدار الحرب: بطلتِ المضاربةُ.

فإن عَزَلَ ربُّ المالِ المضارِبَ، ولم يَعلَمْ بعَزْله حتىٰ اشترىٰ وباع: فتصرُّفُه جائزٌ.

فصلٌ في العَزْل والقِسمة

قال: (وإذا مات ربُّ المال أو المضاربُ: بَطَلَتِ المضاربةُ)؛ لأنه توكيلٌ، علىٰ ما تقدَّم، وموتُ الموكِّل: يُبطِلُ الوكالةَ.

وكذا موتُ الوكيل، ولا تورَثُ الوكالةُ، وقد مَرَّ من قبل.

قال: (وإن ارتدَّ ربُّ المالِ عن الإسلام، والعياذُ بالله، ولَحِقَ بدار الحرب: بطلتِ المضاربةُ)؛ لأن اللُّحوقَ: بمنزلة الموت، ألا ترىٰ أنه يُقسَمُ مالُه بين ورثته، وقبلَ لُحُوقه: يَتوقَّفُ تصرُّفُ مضارِبِه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يُتصرَّفُ له، فصار كتصرُّفه بنفسه.

ولو كان المضاربُ هو المرتدَّ: فالمضاربةُ علىٰ حالها؛ لأنَّ له عبارةً صحيحةً، ولا تَوقُّفَ في ملكِ ربِّ المال، فبقيتِ المضاربة.

قال: (فإن عَزَلَ ربُّ المالِ المضارِبَ، ولم يَعلَمْ بعَزْله حتىٰ اشترىٰ وباع: فتصرُّفُه جائزٌ).

وإن عَلِمَ بعَزْله، والمالُ عُروضٌ: فله أن يبيعَها، ولا يَمنعُه العزلُ من ذلك، ثم لا يجوز أن يشتريَ بثمنها شيئاً آخرَ.

فإن عَزَلَه، ورأسُ المالِ دراهمُ أو دنانيرُ، وقد نَضَّتْ: لم يجُزْ له أن يتصرَّف فيها.

لأنه وكيلٌ من جهته، وعَزْلُ الوكيلِ قصداً يَتوقَّفُ علىٰ علمِه.

قال: (وإن عَلِمَ بعَزْله، والمالُ عُروضٌ: فله أن يبيعَها، ولا يَمنعُه العزلُ من ذلك)؛ لأن حَقَّه قد ثبت في الربح، وإنما يظهرُ بالقسمة، وهي تُبتَنىٰ علىٰ رأسِ المال، وإنما يَنِضُّ[1] بالبيع.

قال: (ثم لا يجوز أن يشتريَ بثمنها شيئاً آخَرَ)؛ لأن العزلَ إنما لم يعملْ ضرورةَ معرفةِ رأسِ المال، وقد اندفعت، حيث صار نقداً، فيعمَلُ العزلُ.

قال: (فإن عَزَلَه، ورأسُ المالِ دراهمُ أو دنانيرُ، وقد نَضَّتْ: لم يجُزْ له[2] أن يتصرَّف فيها)؛ لأنه ليس في إعمال عَزْلِه إبطالُ حَقِّه في الربح، فلا ضرورةَ.

قال رضي الله عنه: وهذا الذي ذَكَرَه[3] إذا كان من جنسِ رأسِ المال، فإن لم يكنْ، بأن كان دراهمَ ورأسُ المالِ دنانيرُ، أو علىٰ القلب: له أن يبيعَها بجنس رأسِ المال؛ استحساناً؛ لأن الربحَ لا يظهرُ إلا به، وصار كالعروض.

---

(١) أي يحصل وَرِقاً ونقداً.

(٢) أي المضارب.

(٣) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ١٢/٤٠٣.

وإذا افترقا، وفي المالِ ديونٌ، وقد رَبِحَ المضاربُ فيه: أَجْبَرَه الحاكمُ علىٰ اقتضاء الديون.

وإن لم يكنْ له ربحٌ: لم يَلزَمْه الاقتضاءُ، ويُقالُ له: وكِّلْ ربَّ المالِ في الاقتضاء.

وعلىٰ هذا موتُ ربِّ المال، ولُحُوقُه بدار الحرب بعد الردَّة: في بيعِ العروض ونحوها.

قال: (وإذا افترقا، وفي المالِ ديونٌ، وقد رَبِحَ المضاربُ فيه: أَجْبَرَه الحاكمُ علىٰ اقتضاء الديون)؛ لأنه بمنزلة الأجير، والربحُ[1] فيه كالأجر له.

(وإن لم يكنْ له ربحٌ: لم يَلزَمْه الاقتضاءُ[2])؛ لأنه وكيلٌ مَحْضٌ، والمتبرِّعُ لا يُجبَرُ علىٰ إيفاءِ ما تبرَّع به.

قال: (ويُقالُ له: وكِّلْ ربَّ المالِ في الاقتضاء)؛ لأن حقوقَ العقد تَرجع إلىٰ العاقد، فلا بدَّ من توكيلِه وتوكُّله؛ كي لا يضيعَ حقُّه.

وقال في «الجامع الصغير[3]»: يُقال له: أجِّل: مكانَ قولِه: وكِّل.

والمرادُ منه: الوكالة.

وعلىٰ هذا سائرُ الوكالات.

والبيَّاع[4]، والسِّمْسار: يُجبَران علىٰ التقاضي؛ لأنهما يَعملان بأجرٍ عادةً.

---

(١) وفي نُسخ: لأن الربحَ.

(٢) أي الاستيفاء.

(٣) لم أقف عليه في المطبوع من الجامع الصغير.

(٤) البيَّاع: هو الذي يبيع بالأجر، وهو الدلاَّل، والسِّمسار: هو المتوسِّط بين=

وما هَلَكَ من مالِ المضاربة : فهو من الرِّبْح، دونَ رأسِ المال.

فإن زاد الهالِكُ علىٰ الربح : فلا ضمانَ علىٰ المضارِب.

وإن كانا يقتسمان الربحَ، والمضاربةُ بحالِها، ثم هَلَكَ المالُ، بعضُه أو كلُّه : ترادَّا الربحَ حتىٰ يستوفِيَ ربُّ المالِ رأسَ المال.

فإن فَضَلَ شيءٌ : كان بينهما.

قال: (وما هَلَكَ من مالِ المضاربة: فهو من الرِّبْح، دونَ رأسِ المال)؛ لأن الربحَ تابعٌ، وصَرْفُ الهلاكِ إلىٰ ما هو التَّبَعُ أَوْلىٰ، كما يُصرَفُ الهلاكُ إلىٰ العَفْو في الزكاة.

(فإن زاد الهالِكُ علىٰ الربح: فلا ضمانَ علىٰ المضارِب)؛ لأنه أمينٌ.

قال: (وإن كانا يقتسمان الربحَ، والمضاربةُ بحالِها، ثم هَلَكَ المالُ، بعضُه أو كلُّه: ترادَّا الربحَ حتىٰ يستوفِيَ ربُّ المالِ رأسَ المال).

لأن قسمةَ الربحِ لا تصحُّ قبلَ استيفاءِ رأسِ المال؛ لأنه هو الأصلُ، وهذا بناءٌ عليه، وتَبَعٌ له.

فإذا هَلَكَ ما في يد المضارب أمانةً[1]: تبيَّن أن ما استوفياه: من رأس المال، فيَضمنُ المضاربُ ما استوفاه؛ لأنه أَخَذَه لنفسه، وما أَخَذَه ربُّ المال: مَحسوبٌ من رأسِ ماله.

وإذا استوفىٰ رأسَ المال، (فإن فَضَلَ شيءٌ: كان بينهما)؛ لأنه ربحٌ.

البائع والمشتري. البناية ١٢/٤٠٥.

(١) أي حالَ كونه أمانةً غيرَ مضمونٍ. البناية ١٢/٤٠٦.

وإن نَقَصَ: فلا ضمانَ علىٰ المضارب.

ولو اقتسما الربحَ، وفَسَخَا المضاربةَ، ثم عَقَداها، فهَلَكَ المالُ: لم يترادَّا الربحَ الأولَ.

(وإن نَقَصَ: فلا ضمانَ علىٰ المضارب)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولو اقتسما الربحَ، وفَسَخَا المضاربةَ، ثم عَقَداها، فهَلَكَ المالُ: لم يترادَّا الربحَ الأولَ).

لأن المضاربةَ الأُولىٰ قد انتهتْ، والثانيةَ عقدٌ جديدٌ، وهلاكُ المال في الثاني: لا يوجِبُ انتقاضَ الأول[1]، كما إذا دفع إليه مالاً آخَرَ، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي قسمة الأول.

فصلٌ
فيما يفعلُه المضاربُ

ويجوزُ للمضارِبِ أن يبيعَ ويشتريَ بالنقد والنَّسيئة.

فصلٌ
فيما يفعلُه المضاربُ

قال: (ويجوزُ للمضارِبِ أن يبيعَ ويشتريَ بالنقد والنَّسيئة)؛ لأن كلَّ ذلك من صَنِيْع التجار، فيَنتظمُه إطلاقُ العقد، إلا إذا باع إلىٰ أجلٍ لا يبيعُ التجارُ إليه؛ لأن له الأمرَ العامَّ المعروفَ بين الناس.

ولهذا كان له أن يشتريَ دابةً للركوب، وليس له أن يشتريَ سفينةً للركوب، وله أن يَستكرِيَها؛ اعتباراً لعادة التجار.

وله أن يأذنَ لعبدِ المضاربةِ في التجارة، في الروايةِ المشهورة؛ لأنه من صنيع التجار.

ولو باع بالنقد، ثم أَخَّر الثمنَ: جاز، بالإجماع.

أما عندهما: فلأن الوكيلَ يملِكُ ذلك[1]، فالمضارِبُ أَولىٰ، إلا أنَّ المضاربَ لا يَضمنُ؛ لأن له أن يقايِلَ[2]، ثم يبيعَ نسيئةً، ولا كذلك الوكيلُ؛ لأنه لا يملِكُ ذلك.

---

(١) أي التأخير.

(٢) أي البيعَ، من الإقالة.

. . . .

وأما عند أبي يوسف رحمه الله: فلأنه يملِكُ الإقالةَ، ثم البيعَ بالنَّساء، بخلاف الوكيل؛ لأنه لا يملك الإقالةَ.

ولو احتال بالثمن على الأيسر[1]، أو على الأعسر: جاز؛ لأن الحوالةَ من عادة التجار.

بخلاف الوصي يحتالُ بمال اليتيم، حيث يُعتبرُ فيه الأنظرُ؛ لأن تصرُّفَه مقيَّدٌ بشرط النظر.

والأصلُ أن ما يفعلَه المضاربُ ثلاثةُ أنواع:

١ـ نوعٌ يَملِكُه بمطلَق عقد المضاربة، وهو ما يكونُ من باب المضاربة وتوابعِها، وهو ما ذكرنا.

ومن جملتِه: التوكيلُ بالبيع والشراءِ؛ للحاجة إليه، والرهنُ والارتهانُ؛ لأنه إيفاءٌ واستيفاءٌ، والإجارةُ والاستئجارُ، والإيداعُ والإبضاعُ والمسافرةُ، على ما ذكرنا من قبل.

٢ـ ونوعٌ لا يَملِكُه بمطلَق العقد، ويَملِكُه إذا قيل له: اعمَل برأيك، وهو ما يَحتمِلُ أنْ يُلْحَقَ به، فيَلتحِقُ به عند وجود الدلالة[2].

وذلك مثلُ دَفْعِ المالِ مضاربةً أو شركةً إلىٰ غيره، وخَلْطِ مالِ المضاربة بماله، أو بمالِ غيرِه؛ لأن ربَّ المال رضِيَ بشركته، لا بشركة

---

(١) أي علىٰ رجلٍ أيسر من المشتري، أو أعسر منه: جازت الحوالة.

(٢) وهو قوله: اعمل برأيك، كما سيأتي.

. . . .

غيره، وهو أمرٌ عارضيٌّ لا تتوقَّفُ عليه التجارة، فلا يدخلُ تحتَ مطلَقِ العقد، ولكنه جهةٌ في التثمير، فمِن هذا الوجهِ يوافِقُه، فيدخلُ فيه عند وجودِ الدلالة، وقولُه: اعمَلْ برأيك: دلالةٌ علىٰ ذلك.

٣ـ ونوعٌ لا يَملِكُه لا بمطلَقِ العقد، ولا بقوله: اعمَلْ برأيك، إلا أن يَنُصَّ عليه ربُّ المال، وهو الاستدانةُ، وهو أن يشتريَ بالدراهم والدنانير بعدَ ما اشترىٰ برأس المال السلعةَ، وما أشبه ذلك؛ لأنه يصيرُ المالُ زائداً علىٰ ما انعقدت[1] عليه المضاربة، ولا يرضىٰ به، ولا بشَغْل ذِمَّتِه بالدين.

ولو أَذِنَ له ربُّ المال بالاستدانة: صار المشترَىٰ بينهما نصفَيْن، بمنزلة شركة الوجوه.

وأَخْذُ[2] السَّفَاتِج: لأنه نوعٌ من الاستدانة.

وكذا إعطاؤها: لأنه إقراضٌ، والعتقُ بمالٍ وبغيرِ مالٍ.

والكتابةُ: لأنه ليس بتجارةٍ.

والإقراضُ، والهبةُ، والصدقةُ[3]: لأنه تبرُّعٌ مَحْضٌ.

---

(١) وفي نُسخ: انعقد: بالتذكير؛ لتذكير الخبر. حاشية سعدي.

(٢) بالرفع، عطفاً علىٰ قوله: وهو الاستدانةُ، أي النوع الذي لا يَملِكُه المضاربُ بدون التنصيص عليه: الاستدانةُ، وأَخْذُ السفاتج، والسُّفْتَجَة هي: عبارةٌ عن قرضٍ يُستفاد به سقوط خطر الطريق. البناية ٤١١/١٢، وتقدمت.

(٣) كل هذا لا يجوز. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

ولا يُزوِّجُ عبداً ولا أَمَةً من مال المضاربة.

فإن دَفَعَ شيئاً من مال المضاربة إلىٰ ربِّ المال بضاعةً، فاشترىٰ ربُّ المال، وباع: فهو علىٰ المضاربة.

قال: (ولا يُزوِّجُ عبداً ولا أَمَةً من مال المضاربة).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُزوِّجُ الأمةَ؛ لأنه من باب الاكتساب؛ ألا ترىٰ أنه يستفيدُ به المهرَ، وسقوطَ النفقة.

ولهما: أنه ليس بتجارةٍ، والعقدُ لا يَتضمَّن إلا التوكيلَ بالتجارة، وصار كالكتابة والإعتاقِ علىٰ مالٍ؛ لأنه اكتسابٌ، ولكنْ لَمَّا لم يكن تجارةً: لا يدخلُ تحتَ المضاربة، فكذا هذا.

قال: (فإن دَفَعَ شيئاً من مال المضاربة إلىٰ ربِّ المال بضاعةً[1]، فاشترىٰ ربُّ المال، وباع: فهو علىٰ المضاربة).

وقال زفرُ والشافعيُّ[2] رحمهما الله: تفسدُ المضاربةُ؛ لأن ربَّ المالِ متصرِّفٌ في مال نفسِه، فلا يصلُحُ وكيلاً فيه، فيصيرُ مستَرِدًّاً، ولهذا لا تصحُّ إذا شَرَطَ العملَ عليه ابتداءً.

ولنا: أن التخليةَ فيه قد تمَّتْ، وصار التصرُّفُ حقّاً للمضارب، فيصلُحُ ربُّ المال وكيلاً عنه في التصرُّف، والإبضاعُ: توكيلٌ منه، فلا يكون استرداداً، بخلاف ما إذا شَرَطَ العملَ عليه في الابتداء؛ لأنه يمنعُ التخليةَ.

---

(١) أي دَفْعُ المال للغير ليعمل به متبرِّعاً بدون عوض، وتقدم تعريفها.

(٢) قوله: والشافعي: مثبتٌ في نُسخة ٩٨١هـ، وينظر لقوله: الحاوي ٧/ ٣٢٠.

وإذا عَمِلَ المضاربُ في المصر: فليستْ نفقتُه في المال، وإن سافر: فطعامُه وشرابُه وكِسوتُه وركوبُه في المال.

فإن بقِيَ شيءٌ في يدِه بعد ما قَدِمَ مصرَه: ردَّه في المضاربة.

وبخلاف ما إذا دَفَعَ المالَ إلىٰ ربِّ المال مضاربةً، حيثُ لا يصحُّ؛ لأن المضاربةَ تنعقدُ شركةً علىٰ مالِ ربِّ المال، وعملِ المضاربِ، ولا مالَ للمضارب ها هنا، فلو جوَّزناه: يؤدِّي إلىٰ قَلْبِ الموضوع، وإذا لم تصحَّ: بقيَ عملُ ربِّ المال بأمر المضارب، فلا تبطلُ به المضاربةُ الأُولىٰ.

قال: (وإذا عَمِلَ المضاربُ في المصر: فليستْ نفقتُه في المال، وإن سافر: فطعامُه وشرابُه وكِسوتُه وركوبُه)، معناه: شراءً وكراءً: (في المال[1]).

ووجهُ الفرق: أن النفقةَ تجبُ بإزاء الاحتباس، كنفقة القاضي، ونفقةِ المرأة، والمضاربُ في المصر: ساكنٌ بالسكنىٰ الأصلية[2]، وإذا سافر: صار محبوساً بالمضاربة، فيستَحِقُّ النفقةَ فيه.

وهذا بخلاف الأجير: لأنه يَستَحِقُّ البدلَ، لا محالةَ، فلا يتضرَّرُ بالإنفاق من ماله، أما المضاربُ: فليس له إلا الربحُ، وهو في حيِّزِ التردُّد، فلو أنفق من ماله: يتضرَّرُ به.

وبخلاف المضاربةِ الفاسدة: لأنه أجيرٌ، وبخلاف البضاعة: لأنه متبرِّعٌ.

قال: (فإن بقِيَ شيءٌ في يدِه بعد ما قَدِمَ مصرَه: ردَّه في المضاربة)؛ لانتهاء الاستحقاق.

---

(١) أي في مال المضاربة.

(٢) وفي نُسخ: الأصلي. بالتذكير.

وأما الدواءُ: ففي مالِه.

وإذا رَبِحَ: أَخَذَ ربُّ المال ما أنفق من رأس المال.

ولو كان خروجُه دونَ السفر[١]: إن كان بحيث يغدو، ثم يروحُ، فيبيتُ بأهله: فهو بمنزلة السُّوقِيِّ في المصر، وإن كان بحيث لا يبيتُ بأهله: فنفقتُه في مال المضاربة؛ لأن خروجَه للمضاربة.

والنفقةُ هي: ما يُصرَفُ إلىٰ الحاجة الراتبة، وهو ما ذكرنا[٢].

ومن جملةِ ذلك: غَسْلُ ثيابِه، وأجرةُ أجيرٍ يخدُمه، وفراشٌ ينامُ عليه، وعَلَفُ دابةٍ يركبُها، والدُّهْنُ في موضعٍ يُحتاجُ إليه عادةً؛ كالحِجَاز[٣].

وإنما يُطلَقُ في جميعِ ذلك: بالمعروف، حتىٰ يَضمَنُ الفضلَ إن جاوَزَه؛ اعتباراً للمتعارَف فيما بين التجَّار.

قال: (وأما الدواءُ: ففي مالِه)، في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يدخلُ في النفقة؛ لأنه لإصلاحِ بدنِه، ولا يتمكَّنُ من التجارة إلا به، فصار كالنفقة.

وَجْهُ الظاهر: أن الحاجةَ إلىٰ النفقةِ معلومةُ الوقوع، وإلىٰ الدواء: بعارضِ المرض، ولهذا كانت نفقةُ المرأة علىٰ الزوج، ودواؤها في مالِها.

قال: (وإذا رَبِحَ[٤]: أَخَذَ ربُّ المال ما أنفق من رأس المال).

---

(١) وهو مسيرة ثلاثة أيام ولياليها. البناية ١٢/٤١٦.

(٢) أي من قبل، وهو طعامه وشرابه وكسوته وركوبه.

(٣) أي أرض الحجاز؛ لأنها حارَّةٌ يحتاج أهلها إلىٰ ترطيب أبدانهم بالدهن. البناية ١٢/٤١٧.

(٤) أي المضارب. البناية ١٢/٤١٨.

فإن باع المتاعَ مرابحةً: حُسِبَ ما أنفق علىٰ المتاع من الحُمْلان ونحوِهِ، ولا يُحتسَبُ ما أنفق علىٰ نفسه.

فإنْ كان معه ألفٌ، فاشترىٰ بها ثياباً، فقَصَرَها، أو حَمَلَها بمائةٍ من عنده، وقد قيل له: اعمَلْ برأيك: فهو متطوِّعٌ.

وإن صَبَغَها أحمرَ: فهو شريكٌ بما زاد الصِّبْغُ فيه، ولا يَضمَنُ.

لأن[1] الربحَ لا يَظهر ما لم يَصِلْ إليه جميعُ رأس المال، فإن فَضَلَ شيءٌ: يكون بينهما علىٰ ما شَرَطا، يريد بهذا أنه يأخذ ربُّ المال جميعَ رأس ماله، وما بقي: يكون بينهما، فتكونُ النفقةُ مصروفةً إلىٰ الربح، ولا تكونُ مصروفةً إلىٰ رأس المال.

قال: (فإن باع المتاعَ مرابحةً: حُسِبَ ما أنفق علىٰ المتاع من الحُمْلان ونحوِهِ، ولا يُحتسَبُ ما أنفق علىٰ نفسه).

لأن العُرفَ جارٍ بإلحاق الأول، دون الثاني.

ولأن الأولَ يوجِبُ زيادةً في المالية بزيادة القيمة، والثاني لا يوجبُها.

قال: (فإنْ كان معه ألفٌ، فاشترىٰ بها ثياباً، فقَصَرَها[2]، أو حَمَلَها بمائةٍ من عنده، وقد قيل له: اعمَلْ برأيك: فهو متطوِّعٌ).

لأنه استدانةٌ علىٰ ربِّ المال، فلا يَنتظمُه هذا المقالُ، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (وإن صَبَغَها أحمرَ: فهو شريكٌ بما زاد الصِّبْغُ فيه، ولا يَضمَنُ)؛ لأنه عَيْنُ مالٍ قائمٍ به، حتىٰ إذا بِيْعَ: كان له حصةُ الصِّبْغ، وحصةُ الثوب

---

(١) هذا التعليل: لأن الربح... إلىٰ قوله: رأس المال: مثبتٌ في نسخة السليمانية ٦٤٤.

(٢) أي بيَّضها.

. . . .

الأبيض علىٰ المضاربة.

بخلاف القِصارةِ والحَمْلِ؛ لأنه ليس بعَيْنِ مالٍ قائمٍ به، ولهذا إذا فَعَلَه الغاصب: ضاع، ولا يضيعُ إذا صَبَغَ المغصوبَ.

وإذا صار شريكاً بالصِّبْغ: انتظمه قولُه: اعمَل برأيك، انتظامَه الخَلْطَ[1]، فلا يضمَنُه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي خَلْط مال المضاربة بمال نفسه، أو بمال غيره، وفي نُسخ: الخُلطة.

وانتصابُ لفظ: الانتظامَ: بنزع الخافض، وهو مصدرٌ مضاف إلىٰ فاعله، وهو الضمير الذي يرجع إلىٰ قوله: اعمل برأيك، وقوله: الخلطَ: بالنصب: مفعوله. البناية ١٢/٤٢٠.

فصلٌ آخَرُ

فإن كان معه ألفٌ بالنصف، فاشترىٰ بها بَزّاً، فباعه بألفَيْن، ثم اشترىٰ بالألفَيْن عبداً، فلم يَنقُدْهما حتىٰ ضاعا: يَغرَمُ ربُّ المال ألفاً وخمسَمائةٍ، والمضاربُ خمسَمائةٍ، ويكونُ رُبُعُ العبدِ للمضارب، وثلاثةُ أرباعِه علىٰ المضاربة.

فصلٌ آخَرُ

قال: (فإن كان معه ألفٌ بالنصف، فاشترىٰ بها بَزّاً، فباعه بألفَيْن، ثم اشترىٰ بالألفَيْن عبداً، فلم يَنقُدْهما حتىٰ ضاعا: يَغرَمُ ربُّ المال ألفاً وخمسَمائةٍ، والمضاربُ خمسَمائةٍ، ويكونُ رُبُعُ العبدِ للمضارب، وثلاثةُ أرباعِه علىٰ المضاربة).

قال رضي الله عنه: هذا الذي ذَكَرَه حاصلُ الجواب؛ لأن الثمنَ كلَّه علىٰ المضارب، إذ[1] هو العاقِدُ، إلا أن له حقَّ الرجوع علىٰ ربِّ المالِ بألفٍ وخمسِمائة، علىٰ ما نُبيِّنُ، فيكونُ عليه في الأَخَرَة[2].

ووَجْهُه: أنه لَمَّا نَضَّ المالُ: ظَهَرَ الربحُ، وهو خمسُمائة[3]، فإذا

---

(١) وفي نُسخ: لأنه.

(٢) أي الأخير، يُقال: جاء فلانٌ بأَخَرَة: أي بأخير. البناية ١٢/٤٢٢.

(٣) وفي نُسخ: ظهر الربح، وله منه خمسمائة.

ويكونُ رأسُ المال ألفَيْن وخمسَمائةٍ.

ولا يبيعُه مرابحةً إلا علىٰ ألفَيْن.

وإن كان معه ألفٌ، فاشترىٰ ربُّ المال عبداً بخمسِمائة، وباعه إياه بألفٍ، فإنه يبيعُه مرابحةً علىٰ خمسِمائة.

اشترىٰ بالألفين عبداً: صار مشترياً رُبُعَه لنفسه، وثلاثةَ أرباعه للمضاربة، علىٰ حَسَبِ انقسامِ الألفَيْن.

وإذا ضاعَتِ الألفان: وَجَبَ عليه الثمنُ؛ لِمَا بيَّنَّاه.

وله الرجوعُ بثلاثة أرباعِ الثمنِ علىٰ ربِّ المال؛ لأنه وكيلٌ من جهته فيه، ويَخرُجُ نصيبُ المضاربِ، وهو الربُعُ من المضاربة؛ لأنه مضمونٌ[1] عليه، ومالُ المضاربة أمانةٌ، وبينهما منافاةٌ، وتبقىٰ ثلاثةُ أرباعِ العبدِ علىٰ المضاربة؛ لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربةَ.

(ويكونُ رأسُ المال ألفَيْن وخمسَمائةٍ)؛ لأنه دَفَعَ مرَّةً ألفاً، ومرَّةً ألفاً وخمسَمائة.

(ولا يبيعُه مرابحةً إلا علىٰ ألفَيْن)؛ لأنه اشتراه بألفَيْن.

ويظهرُ ذلك فيما إذا بِيْعَ العبدُ بأربعة آلافٍ، فحصةُ المضاربة ثلاثةُ آلافٍ، يُرفعُ رأسُ المال، ويبقىٰ خمسُمائة ربحٌ[2] بينهما.

قال: (وإن كان معه ألفٌ، فاشترىٰ ربُّ المال عبداً بخمسِمائة، وباعه إياه بألفٍ، فإنه يبيعُه مرابحةً علىٰ خمسِمائة)؛ لأن هذا البيعَ مَقْضِيٌّ

---

(١) أي مضمونٌ علىٰ المضارب إذا هلك العبد.

(٢) وفي نُسخ: ربحاً.

فإن كان معه ألفٌ بالنصف، فاشترىٰ بها عبداً قيمتُه ألفان، فقتَلَ العبدُ رجلاً خطأً: فثلاثةُ أرباعِ الفِداءِ علىٰ ربِّ المال، وربُعُه علىٰ المضارب.

بجوازه؛ لتغاير المقاصد؛ دفعاً للحاجة وإن[1] كان بَيْعَ ملكِه بملكِه، إلا أن فيه شبهةَ العدم، ومبنىٰ المرابحةِ علىٰ الأمانة، والاحترازِ عن شبهة الخيانة، فاعتُبر أقلُّ الثمنَيْن.

ولو اشترىٰ المضاربُ عبداً بألفٍ، وباعه من ربِّ المال بألفٍ ومائتين: باعه مرابحةً بألفٍ ومائةٍ؛ لأنه اعتُبر عَدَماً في حَقِّ نصفِ الربح، وهو نصيبُ ربِّ المال، وقد مَرَّ في البيوع.

قال: (فإن كان معه ألفٌ بالنصف، فاشترىٰ بها عبداً قيمتُه ألفان، فقتَلَ العبدُ رجلاً خطأً: فثلاثةُ أرباعِ الفِداءِ علىٰ ربِّ المال، وربُعُه علىٰ المضارب).

لأن الفداءَ مؤنةُ الملك، فيَتقدَّر بقَدْر الملك، وقد كان الملكُ بينهما أرباعاً؛ لأنه لَمَّا صار المالُ عَيْناً واحدةً[2] قيمتُه ألفان: ظَهَرَ الربحُ، وهو ألفٌ بينهما، وألفٌ لربِّ المال برأس ماله؛ لأنَّ قيمتَه ألفان، وإذا فَدَيَا: خرج العبدُ عن المضاربة.

أما نصيبُ المضارب: فلِمَا بيَّنَّاه، وأما نصيبُ ربِّ المال: فلقضاء[3]

---

(١) إن: وصلية. البناية ١٢/٤٢٣.

(٢) أي عبداً. حاشية ٧٣٨هـ، وفي نُسخ: عيناً واحداً.

(٣) وفي نُسخ: بقضاء.

فيكون العبدُ بينهما أرباعاً.

يخدُمُ المضاربَ يوماً، وربَّ المالِ ثلاثةَ أيام.

فإن كان معه ألفٌ، فاشترىٰ بها عبداً، فلم يَنقُدْها حتىٰ هَلَكَ الألفُ: يدفعُ ربُّ المالِ ذلك الثمنَ، ويكونُ رأسُ المالِ جميعَ ما يَدفعُ إليه ربُّ المال.

القاضي بانقسام الفداء عليهما؛ لِمَا أنه يتضمَّنُ قسمةَ العبدِ بينهما، والمضاربةُ تنتهي بالقسمة.

بخلاف ما تقدم، لأن جميعَ الثمنِ فيه علىٰ المضارب، وإن كان له حَقُّ الرجوع: فلا حاجةَ إلىٰ القسمة.

ولأن العبدَ كالزائلِ عن ملكِهما بالجناية، ودَفْعُ الفداء: كابتداء الشراء.

(فيكون العبدُ بينهما أرباعاً)، لا علىٰ المضاربة.

(يخدُمُ المضاربَ يوماً، وربَّ المالِ ثلاثةَ أيام)، بخلاف ما تقدَّم.

قال: (فإن كان معه[1] ألفٌ، فاشترىٰ بها عبداً، فلم يَنقُدْها حتىٰ هَلَكَ الألفُ: يدفعُ ربُّ المالِ ذلك الثمنَ[2]، ويكونُ رأسُ المالِ جميعَ ما يَدفعُ إليه ربُّ المال).

لأن المالَ أمانةٌ في يده، فلا يصيرُ مستوفِياً؛ لأن الاستيفاءَ إنما يكون بقَبْضٍ مضمونٍ، وحُكمُ الأمانة ينافيه، فيَرجعُ مرةً بعد أخرىٰ.

---

(١) أي المضارب.

(٢) أي ثانياً.

. . . .

بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمنُ مدفوعاً إليه قبلَ الشراء، وهَلَكَ بعد الشراء: حيثُ لا يرجعُ إلا مرةً؛ لأنه أمكن جَعْلُه مستوفياً؛ لأن الوكالةَ تجامِعُ الضمانَ، كالغاصب إذا توكَّل ببيع المغصوب.

ثم في الوكالةِ في هذه الصورة يرجعُ مرةً، وفيما إذا اشترىٰ، ثم دَفَعَ الموكِّلُ إليه المالَ، فهلك بعده: لا يرجعُ؛ لأنه ثبت له[1] حَقُّ الرجوع بنفس الشراء، فجُعِل مستوفياً بالقبض بعده.

أما المدفوعُ إليه قبلَ الشراءِ أمانةٌ في يده، وهو قائمٌ علىٰ الأمانةِ بعده: فلم يَصِرْ مستوفياً، فإذا هَلَكَ: رَجَعَ عليه مرةً، ثم لا يرجعُ؛ لوقوع الاستيفاء، علىٰ ما مَرَّ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي للوكيل.

فصلٌ في الاختلاف

وإن كان مع المضاربِ ألفان، فقال لرب المال : دَفَعْتَ إليَّ ألفاً، وربحتُ ألفاً، وقال ربُّ المال : لا، بل دفعتُ إليكَ ألفَيْن : فالقولُ قولُ المضارب.

فصلٌ في الاختلافِ

بين ربِّ المال والمضاربِ

قال: (وإن كان مع المضاربِ ألفان، فقال لرب المال: دَفَعْتَ إليَّ ألفاً، وربحتُ ألفاً، وقال ربُّ المال: لا، بل دفعتُ إليكَ ألفَيْن: فالقولُ قولُ المضارب).

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أوَّلاً: القولُ قولُ ربِّ المال، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأن المضاربَ يدعي عليه الشركةَ في الربح، وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المنكِر.

ثم رَجَعَ إلىٰ ما ذَكَر في «الكتاب[1]»؛ لأن الاختلافَ في الحقيقة في مقدار المقبوض، وفي مثلِه: القولُ قولُ القابضِ، ضميناً كان أو أميناً؛ لأنه أعرفُ بمقدار المقبوض.

ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح: فالقولُ فيه لربِّ المال؛ لأن الربحَ يُستَحَقُّ بالشرط، وهو يُستفادُ من جهته.

وأيُّهما أقام البينةَ علىٰ ما ادعىٰ من فضلٍ: قُبِلَت؛ لأن البينات للإثبات.

---

(١) أراد به الجامع الصغير. البناية ١٢/٤٢٨.

ومَن كان معه ألفُ درهمٍ، فقال: هي مضاربةٌ لفلانٍ بالنصف، وقد رَبِحَ ألفاً، وقال فلانٌ: هي بضاعةٌ: فالقولُ قولُ ربِّ المال

قال: (ومَن كان معه ألفُ درهمٍ، فقال: هي مضاربةٌ لفلانٍ بالنصف، وقد رَبِحَ ألفاً، وقال فلانٌ: هي بضاعةٌ[1]: فالقولُ قولُ ربِّ المال)؛ لأن المضاربَ يدعي عليه تقويمَ عملِه، أو شَرْطاً من جهته، أو يدعي الشركةَ وهو يُنكِرُ.

ولو قال المضاربُ: أقرضتَني، وقال ربُّ المال: هو بِضاعةٌ، أو وديعةٌ: فالقولُ لربِّ المال، والبينةُ بينةُ المضارِبِ؛ لأن المضاربَ يدَّعي عليه التملكَ، وهو يُنكِرُ.

ولو ادَّعىٰ ربُّ المال المضاربةَ في نوعٍ، وقال الآخَرُ: ما سمَّيتَ لي تجارةً بعَيْنها: فالقولُ للمضارب؛ لأنَّ الأصلَ فيه العمومُ والإطلاقُ، والتخصيصُ: بعارِضُ الشرطَ، بخلاف الوكالة؛ لأن الأصلَ فيه التخصيص.

ولو ادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما نوعاً: فالقولُ لربِّ المال؛ لأنهما اتفقا علىٰ التخصيص، والإذنُ يُستفادُ من جهته، والبينةُ بينةُ المضارب؛ لحاجته إلىٰ نفي الضمان، وعدمِ حاجةِ الآخَر إلىٰ البينة.

ولو وَقَّتتِ البيِّنتان وقتاً: فصاحبُ الوقتِ الأخيرِ أَوْلىٰ؛ لأن آخِرَ الشرطَيْن: يَنقُضُ الأولَ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي دَفْعُ المال للغير ليعمل به متبرِّعاً بدون عوض. وتقدم تعريفها.

كتاب الوديعة

الوديعةُ : أمانةٌ في يدِ المُودَعِ، إذا هَلَكَتْ : لم يَضْمَنْها.

وللمودَعِ أن يَحفَظَها بنفسه، وبمَن في عِيَاله.

كتاب الوديعة

قال: (الوديعةُ: أمانةٌ في يدِ المُودَعِ، إذا هَلَكَتْ: لم يَضْمَنْها)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس علىٰ المستعير غيرِ المُغِلِّ ضمانٌ، ولا علىٰ المستودَعِ غيرِ المُغِلِّ ضمانٌ»[(١)].

ولأن بالناس حاجةً إلىٰ الاستيداع، فلو ضمَّنّاه[(٢)]: يَمتنعُ الناسُ عن قَبول الودائعِ، فتتعطَّلُ مَصالِحُهم.

قال: (وللمودَعِ أن يَحفَظَها بنفسه، وبمَن في عِيَاله)؛ لأن الظاهرَ أنه يلتزمُ حِفْظَ مالِ غيرِه علىٰ الوجه الذي يحفظُ مالَ نفسه.

ولأنه لا يجدُ بُدّاً من الدفع إلىٰ عِياله؛ لأنه لا يُمكِنُه ملازمةُ بيتِه، ولا استصحابُ الوديعةِ في خروجِه، فكان المالكُ راضياً به.

---

(١) سنن الدارقطني (٢٩٦١)، وقال: عمرو، وعبيدة: ضعيفان، وإنما يُروىٰ عن شريح القاضي غير مرفوع. اهـ، وبمعناه عند ابن ماجه (٢٤٠١)، نصب الراية ١١٥/٤، التعريف والإخبار ٤٢٥/٢، وينظر لقول شريح: عبد الرزاق (١٤٧٨٢).

أما العيني في البناية ٤٣٥/١٢ فقد دافع عن الحديث، ورَدَّ علىٰ الدارقطني بأن تضعيفَه للراويين جَرْحٌ مبهَمٌ، فلا يُقبَلُ، وأتىٰ له بشاهدٍ يقوِّيه، وقال: والعجبُ من شرَّاح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث. اهـ

(٢) أي المودَع.

فإن حَفِظَها بغيرِهم، أو أودَعَها عندَ غيرِهم : ضَمِنَ.

إلا أن يقعَ في دارِه حريقٌ، فيُسلِّمَها إلىٰ جارِه، أو يكونَ في سفينةٍ، فخاف الغَرَقَ، فيُلْقِيَها إلىٰ سفينةٍ أخرىٰ.

فإن طَلَبَها صاحبُها، فحَبَسَها، وهو يَقدِرُ علىٰ تسليمها : ضَمِنَها.

(فإن حَفِظَها بغيرِهم، أو أودَعَها عندَ غيرِهم: ضَمِنَ)؛ لأن المالكَ رضِيَ بيده، لا بيدِ غيرِه، والأيدي تختلِفُ في الأمانة.

ولأن الشيءَ لا يتضمَّنُ مثلَه، كالوكيل لا يوكِّلُ غيرَه.

والوضعُ في حِرْزِ غيرِه: إيداعٌ، إلا إذا استأجَرَ الحِرْزَ: فيكون حافظاً في حِرْزِ[1] نفسِه.

قال: (إلا أن يقعَ في دارِه حريقٌ، فيُسلِّمَها إلىٰ جارِه، أو يكونَ في سفينةٍ، فخاف الغَرَقَ، فيُلْقِيَها إلىٰ سفينةٍ أخرىٰ)؛ لأنه تعيَّنَ طريقاً للحفظ في هذه الحالة، فيرتضيه المالكُ.

ولا يُصدَّقُ علىٰ ذلك إلا ببينةٍ؛ لأنه يدعي ضرورةً مسقِطَةً للضمان بعد تحقُّقِ السبب، فصار كما إذا ادعىٰ الإذنَ في الإيداع.

قال: (فإن طَلَبَها صاحبُها، فحَبَسَها، وهو يَقدِرُ علىٰ تسليمها: ضَمِنَها)؛ لأنه متعدٍّ بالمنع، وهذا لأنه لَمَّا طالَبَه: لم يكن راضياً بإمساكه بعده، فيَضمَنُها بحَبْسها[2] عنه.

---

(١) وفي نُسخ: بحرز.

(٢) وفي نُسخ: بحبسه. أي بحبس المودَع للوديعة.

وإن خَلَطَها المودَعُ بمالِه، حتىٰ لا تتميَّزُ: ضَمِنَها، ثم لا سبيلَ للمودِعِ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا خَلَطَها بجنسها: شَرِكَه إن شاء.

قال: (وإن خَلَطَها المودَعُ بمالِه، حتىٰ لا تتميَّزُ: ضَمِنَها، ثم لا سبيلَ للمودِعِ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا خَلَطَها بجنسها: شَرِكَه[1] إن شاء)، مثلَ أن يَخلِطَ الدراهمَ البِيْضَ بالبِيض، والسُّودَ بالسُّودِ، والحنطةَ بالحنطةِ، والشعيرَ بالشعير.

لهما: أنه لا يُمكِنُه الوصولُ إلىٰ عَيْنِ حَقِّه صورةً، وأمكنه معنىً بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجهٍ، دون وجهٍ، فيميلُ إلىٰ أيِّهما شاء.

وله: أنه استهلاكٌ من كل وجهٍ؛ لأنه فِعْلٌ يَتعذَّرُ معه الوصولُ إلىٰ عَيْنِ حَقِّه، ولا معتبرَ بالقسمة؛ لأنها من موجِبات الشركة، فلا تصلُحُ موجِبَةً لها.

ولو أبرأ الخالِطَ[2]: لا سبيلَ له علىٰ المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا حَقَّ له إلا في الدَّين، وقد سقط.

وعندهما: بالإبراء تسقطُ خِيرةُ الضمان، فتتعيَّن الشركةُ في المخلوط.

وخَلْطُ الخَلِّ بالزيت، وكلِّ مائعٍ بغير جنسه: يوجِبُ انقطاعَ حَقِّ المالك إلىٰ الضمان، وهذا بالإجماع؛ لأنه استهلاكٌ صورةً، وكذا معنىً؛ لتعذُّر القسمةِ باعتبار اختلافِ الجنس.

---

(١) أي شَرِكَ المودِعُ المودَعَ.

(٢) بفتح الطاء، أي أبرأ المالكُ المودَعَ الخالِطَ عن الضمان. البناية ١٢/٤٤١.

وإن اختلطتْ بمالِه من غيرِ فِعلِه : فهو شريكٌ لصاحبها .

فإن أنفق المودَعُ بعضَها، ثم ردَّ مثلَه، فخَلَطَه بالباقي : ضَمِنَ الجميعَ .

وإذا تعدَّىٰ المودَعُ في الوديعة، بأن كانت دابةً فركِبَها، أو ثوباً . . . . .

ومن هذا القَبِيْل: خَلْطُ الحنطةِ بالشعير، في الصحيح؛ لأن أحدَهما لا يخلو عن حبَّاتِ الآخَر، فتعذَّر التمييزُ والقسمة.

ولو خَلَطَ المائعَ بجنسه: فعند أبي حنيفة رحمه الله: ينقطعُ حَقُّ المالكِ إلىٰ الضمان؛ لأنه استهلاكٌ؛ لِمَا ذكرنا.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يُجعَلُ الأقلُّ تابعاً للأكثر؛ اعتباراً للغالب أجزاءً.

وعند محمدٍ رحمه الله: شَرِكَه بكلِّ حالٍ؛ لأن الجنسَ لا يَغلِبُ الجنسَ عنده، علىٰ ما مَرَّ في الرضاع.

ونظيرُه: خَلْطُ الدراهمِ بمثلها إذابةً؛ لأنه يصيرُ مائعاً بالإذابة.

قال: (وإن اختلطتْ بمالِه من غيرِ فِعلِه: فهو شريكٌ لصاحبها)؛ كما إذا انشقَّ الكِيْسان، فاختلطا؛ لأنه لا يضمنُها؛ لعدم الصُّنْع منه، فيشتركان، وهذا بالاتفاق.

قال: (فإن أنفق المودَعُ بعضَها، ثم ردَّ مثلَه، فخَلَطَه بالباقي: ضَمِنَ الجميعَ)؛ لأنه خَلَطَ مالَ غيرِه بماله، فيكونُ استهلاكاً علىٰ الوجه الذي تقدَّم.

قال: (وإذا تعدَّىٰ المودَعُ في الوديعة، بأن كانت دابةً فركِبَها، أو ثوباً

فلَبِسَه، أو عبداً فاستخدَمَه، أو أودَعَها عند غيرِه، ثم أزال التعدِّيَ، فردَّها إلىٰ يده : زال الضمانُ.

فإن طَلَبَها صاحبُها، فجَحَدَها : ضَمِنَها.

فإن عاد إلىٰ الاعتراف : لم يبرأ عن الضمان.

فلَبِسَه، أو عبداً فاستخدَمَه، أو أودَعَها عند غيرِه، ثم أزال التعدِّيَ، فردَّها إلىٰ يده: زال الضمانُ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا يبرأُ عن الضمان؛ لأن عقدَ الوديعةِ ارتفع حين صار ضامناً؛ للمنافاة بين الموجِبَيْن، فلا يبرأ إلا بالردِّ علىٰ المالك.

ولنا: أن الأمرَ باقٍ؛ لإطلاقه، وارتفاعُ حُكْمِ العقدِ ضرورةَ ثبوتِ نقيضه، فإذا ارتفع النقيضُ: عاد حُكمُ العقد، كما إذا استأجره للحفظ شهراً، فتَرَكَ الحفظَ في بعضِه، ثم حَفِظَ في الباقي، فحَصَلَ الردُّ إلىٰ يدِ نائب المالك.

قال: (فإن طَلَبَها صاحبُها، فجَحَدَها: ضَمِنَها)؛ لأنه لَمَّا طالَبَه بالردِّ: فقد عَزَلَه عن الحفظ، فبعدَ ذلك هو بالإمساك غاصبٌ مانعٌ، فيضمنُها.

قال: (فإن عاد إلىٰ الاعتراف: لم يبرأ عن الضمان)؛ لارتفاع العقدِ، إذِ المطالبةُ بالرد: رَفْعٌ من جهته، والجحودُ فَسْخٌ من جهة المودَع، كجحود الوكيل الوكالةَ، وجحودِ أحدِ المتعاقدين البيعَ، فتَمَّ الرفعُ.

---

(١) الحاوي الكبير ١٢٤/٧.

وللمودَعِ أن يُسافِرَ بالوديعة وإن كان لها حَمْلٌ ومُؤنةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : ليس له ذلك إذا كان لها حَمْلٌ ومؤنةٌ .

أو لأن المودَعَ ينفردُ بعزل نفسِه بمَحضَرٍ من المستودِع، كالوكيل يملكُ عَزْلَ نفسِه بحضرة الموكِّل، وإذا ارتفع: لا يعودُ إلا بالتجديد، فلم يوجَدِ الردُّ إلىٰ نائبِ المالك، بخلاف الخِلاف[1]، ثم العودُ إلىٰ الوِفاق.

ولو جَحَدَها عند غير صاحبِها: لا يَضمَنُها عند أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لزفر رحمه الله؛ لأن الجحودَ عند غيرِه من باب الحفظ؛ لأن فيه قَطْعَ طَمَعِ الطامِعِين معنىً.

ولأنه لا يملكُ عَزْلَ نفسِه بغير مَحضَرٍ منه، أو طَلَبِه، فبقِيَ الأمرُ، بخلاف ما إذا كان بحضرته.

قال: (وللمودَعِ أن يُسافِرَ بالوديعة[2] وإن كان لها حَمْلٌ ومُؤنةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حَمْلٌ ومؤنةٌ).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: ليس له ذلك في الوجهين.

لأبي حنيفة رحمه الله: إطلاقُ الأمر[4].

---

(١) أراد بالخلاف الأول: الخلافَ في الحكم، وبالخلاف الثاني: خلافَ المودَع بالفعل. البناية ١٢/٤٤٨.

(٢) وفي نُسخ: بمال الوديعة وإن كان له حملٌ ومؤنة. بالتذكير.

(٣) نهاية المطلب ١١/٣٧٦.

(٤) أي إطلاق أمر الآمر.

وإذا نَهَاه المودِعُ أن يَخرُجَ بالوديعة، فخَرَجَ بها : ضَمِنَ.

وإذا أَودَعَ رجلان عند رجلٍ وديعةً، فحَضَرَ أحدُهما يَطلُبُ نصيبَه : لم يَدفعْ إليه نصيبَه حتىٰ يَحضُرَ الآخَرُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : يدفعُ إليه نصيبَه.

والمَفازةُ: مَحَلٌّ للحفظِ إذا كان الطريقُ آمِناً، ولهذا يملكُه[1] الأبُ والوصيُّ في مال الصبي.

ولهما: أنه تلزمُه مؤنةُ الردِّ فيما له حَمْلٌ ومؤنةٌ، والظاهرُ أنه لا يرضىٰ به، فيتقيَّد.

والشافعيُّ رحمه الله يُقيِّدُه بالحفظ المتعارَف، وهو الحفظُ في الأمصار، وصار كالاستحفاظ بأجرٍ.

قلنا: مؤنةُ الردِّ تلزمُه في مِلكِه ضرورةَ امتثال أمرِه، فلا يُبالَىٰ به، والمعتادُ كونُهم في المصر، لا حفظُهم في المصر، ومَن يكونُ في المَفَازة يحفظُ مالَه فيها، بخلاف الاستحفاظ بأجرٍ؛ لأنه عقدُ معاوضةٍ، فيقتضي التسليمَ في مكانِ العقد.

قال: (وإذا نَهَاه المودِعُ أن يَخرُجَ بالوديعة، فخَرَجَ بها: ضَمِنَ)؛ لأن التقييدَ مفيدٌ، إذِ الحفظُ في المصر أبلغُ، فكان صحيحاً.

قال: (وإذا أَودَعَ رجلان عند رجلٍ وديعةً، فحَضَرَ أحدُهما يَطلُبُ نصيبَه: لم يَدفعْ إليه نصيبَه حتىٰ يَحضُرَ الآخَرُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يدفعُ إليه نصيبَه).

---

(١) أي يملك الأب والوصي السفر بمال الصغير في المفازة بشرط الأمن.

. . . .

وفي «الجامع الصغير[١]»: ثلاثةٌ استودعوا رجلاً ألفاً، فغاب اثنان: فليس للحاضر أن يأخذَ نصيبَه عنده، وقالا: له ذلك.

والخلافُ في المَكيل والموزون[٢]، وهو المرادُ بالمذكور في «المختصر[٣]».

لهما: أنه طالَبَه بدفع نصيبِه: فيُؤمَرُ بالدفع إليه، كما في الدَّيْن المشترَك، وهذا لأنه يطالبُه بتسليم ما سَلَّمَ إليه، وهو النصفُ، ولهذا كان له أن يأخذَه، فكذا يُؤمَرُ هو بالدفع إليه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه طالَبَه بدفع نصيبِ الغائب؛ لأنه يطالبُه بالمُفرَز، وحقُّه في المُشاع، والمُفرَزُ المعيَّنُ يشتملُ علىٰ الحقَّيْن، ولا يتميَّزُ حقُّه إلا بالقسمة، وليس للمودَعِ ولايةُ القسمة، ولهذا لا يقعُ دفعُه قسمةً، بالإجماع.

بخلاف الدَّيْن المشترَك؛ لأنه يطالبُه بتسليم حقِّه؛ لأن الديون تُقضىٰ بأمثالها.

وقولُه[٤]: له أن يأخذَه.

قلنا: ليس من ضرورته أن يُجبَرَ المودَعُ علىٰ الدفع، كما إذا كان له[٥]

---

(١) ص٢١٣.

(٢) احترازاً عن غير ذوات الأمثال.

(٣) أي مختصر القدوري.

(٤) يرجع الضمير إلىٰ القائل المعهود في الذهن، أي قول القائل نصرةً لقولهما كذا وكذا. البناية ١٢/٤٥٦.

(٥) أي المودِع.

وإن أَوْدَعَ رجلٌ عند رجلَيْن شيئاً مما يُقسَمُ: لم يَجُزْ أن يدفعَه أحدُهما إلىٰ الآخَر، ولكنهما يقتسمانه، فيَحفظُ كلٌّ واحدٍ منهما نصفَه.

وإن كان مما لا يُقسَمُ: جاز أن يَحفظَه أحدُهما بإذن الآخَر.

ألفُ درهمٍ وديعةً عند إنسانٍ، وعليه ألفٌ لغيره: فلغريمِه[1] أن يأخذَه إذا ظَفِرَ به[2]، وليس للمودَعِ أن يدفعَه إليه[3].

قال: (وإن أَوْدَعَ رجلٌ عند رجلَيْن شيئاً مما يُقسَمُ: لم يَجُزْ أن يدفعَه أحدُهما إلىٰ الآخَر، ولكنهما يقتسمانه، فيَحفظُ كلٌّ واحدٍ منهما نصفَه.

وإن كان مما لا يُقسَمُ: جاز أن يَحفظَه أحدُهما بإذن الآخَر)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وكذلك الجوابُ عنده في المرتَهِنَيْن والوكيلَيْن بالشراء إذا سَلَّم أحدُهما إلىٰ الآخَر.

وقالا: لأحدهما أن يَحفظَ بإذن الآخَر في الوجهَيْن.

لهما: أنه رضيَ بأمانتهما، فكان لكلٍّ واحدٍ منهما أن يُسلِّمَ إلىٰ الآخَر من غير رضا المالك[4]، ولا يَضْمَنُه، كما فيما لا يُقسَم.

وله: أنه رضيَ بحفظهما، ولم يَرْضَ بحفظ أحدِهما كلِّه؛ لأن الفعلَ

---

(١) أي لغريم المودِع.

(٢) أي أن يأخذ الألف إن كان من جنس حقه. البناية ١٢/٤٥٦.

(٣) أي إلىٰ إلىٰ الغريم.

(٤) قوله: من غير رضا المالك: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ، وغيرها.

وإذا قال صاحبُ الوديعة للمودَعِ : لا تسلِّمْها إلىٰ زوجتك، فسلَّمَها إليها : لا يَضمنُ.

وفي «الجامع الصغير» : إذا نهاه أن يدفعَها إلىٰ أحدٍ من عِيَاله، فدَفَعَها إلىٰ مَن لا بُدَّ له منه : لم يَضمن، وإن كان له منه بُدٌّ : ضَمِنَ.

متىٰ أُضيف إلىٰ ما يَقبلُ الوصفَ بالتجزُّيء تناولَ البعضَ، دونَ الكلِّ، فوقع التسليمُ إلىٰ الآخَر من غيرِ رضا المالكِ، فيَضمنُ الدافعُ، ولا يضمنُ القابضُ؛ لأن مودَعَ المودَعِ عنده لا يَضمنُ.

وهذا بخلاف ما لا يُقسَم؛ لأنه لَمَّا أودعهما، ولا يُمكنُهما الاجتماعُ عليه آناءَ الليلِ والنهار، وأمكنَهما المُهايأة: كان المالكُ راضياً بدفع الكلِّ إلىٰ أحدِهما في بعضِ الأحوال.

قال: (وإذا قال صاحبُ الوديعةِ للمودَعِ: لا تسلِّمْها إلىٰ زوجتك، فسلَّمَها إليها: لا يَضمنُ.

وفي «الجامع الصغير[1]»: إذا نهاه أن يدفعَها إلىٰ أحدٍ من عِيَاله، فدَفَعَها إلىٰ مَن لا بُدَّ له منه: لم يَضمن).

كما إذا كانت الوديعةُ دابةً، فنهاه عن الدفع إلىٰ غلامه.

وكما إذا كانت شيئاً يُحفَظُ علىٰ يدِ النساء، فنهاه عن الدفع إلىٰ امرأته، وهو مَحْمِلُ الأول؛ لأنه لا يُمكِنُ إقامةُ العملِ مع مراعاة هذا الشرطِ وإن كان مفيداً، فيلغو.

(وإن كان له منه بُدٌّ: ضَمِنَ)؛ لأن الشرطَ مفيدٌ؛ لأن من العيال مَن لا

---

(١) ص٢١٣.

وإن قال: احفَظْها في هذا البيت، فحَفِظَها في بيتٍ آخَرَ من الدار: لم يَضمَنْ.

وإن قال: احفَظْها في هذه الدار، فحَفِظَها في دارٍ أخرىٰ: ضَمِنَ.

ومَن أَودع رجلاً وديعةً، فأودعها آخَرَ، فهَلَكَتْ: فله أن يُضمِّنَ الأولَ، وليس له أن يُضمِّنَ الآخِرَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

يُؤتمَنُ علىٰ المال، وقد أمكن العملُ به مع مراعاةِ هذا الشرط، فاعتُبر.

قال: (وإن قال: احفَظْها في هذا البيت، فحَفِظَها في بيتٍ آخَرَ من الدار: لم يَضمَنْ)؛ لأن الشرطَ غيرُ مفيدٍ، فإن البيتَيْن في دارٍ واحدةٍ: لا يتفاوتان في الحِرز.

قال: (وإن قال: احفَظْها في هذه الدار، فحَفِظَها[1] في دارٍ أخرىٰ: ضَمِنَ)؛ لأن الدارَيْن تتفاوتان في الحِرْز، فكان مفيداً، فصحَّ التقييد.

ولو كان التفاوتُ بين البيتَيْن ظاهراً، بأن كانتِ الدارُ التي فيها البيتان عظيمةً، والبيتُ الذي نهاه عن الحفظ فيه عورةٌ ظاهرةٌ: صحَّ الشرط.

قال: (ومَن أَودع رجلاً وديعةً، فأودعها آخَرَ، فهَلَكَتْ: فله أن يُضمِّنَ الأولَ، وليس له أن يُضمِّنَ[2] الآخِرَ[3]، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) كما أثبتُّ: وإن قال: احفظها في هذه الدار....: مثبتٌ في النسخة النفيسة ٧٩٧هـ، وجاءت مختصرةً في نُسخ أخرىٰ هكذا: وإن حفظها في دار أخرىٰ: ضمن.

(٢) وفي نُسخ: يأخذ.

(٣) هكذا ضُبطت بكسر الخاء في النسخ الخطية.

وقالا: له أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء، فإن ضمَّنَ الاولَ: لم يرجع علىٰ الآخِرَ، وإن ضمَّن الآخِرَ: رَجَعَ علىٰ الأول.

ومَن كان في يدِه ألفٌ، فادَّعاها رجلان، كلُّ واحدٍ منهما أنها له، أودعها إياه، وأبىٰ أن يَحلِفَ لهما: فالألفُ بينهما، وعليه ألفٌ أخرىٰ بينهما.

وقالا: له أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء، فإن ضمَّن الأولَ: لم يرجع علىٰ الآخِرِ، وإن ضمَّنَ الآخِرَ: رَجَعَ علىٰ الأول).

لهما: أنه قَبَضَ المالَ من يدِ ضَمِينٍ، فيضمَنُه، كمودَع الغاصب، وهذا لأن المالكَ لم يرضَ بأمانة غيره، فيكون الأولُ متعدِّياً بالتسليم، والثاني بالقبض، فيُخيَّرُ بينهما.

غيرَ أنه إن ضمَّن الأولَ: لم يرجعْ علىٰ الثاني بشيءٍ؛ لأنه مَلَكه بالضمان، فظَهَرَ أنه أَوْدَعَ مِلْكَ نفسه، وإن ضمَّن الثاني: رَجَعَ علىٰ الأول؛ لأنه عاملٌ له، فيَرجعُ عليه بما لَحِقَه من العهدة.

وله: أنه قَبَضَ المالَ من يدِ أمينٍ؛ لأنه بالدفع لا يَضمنُ ما لم يُفارِقْه؛ لحضور رأيه، فلا تعدِّيَ منهما، فإذا فارَقَه: فقد تَرَكَ الحفظَ الملتَزَمَ، فيُضمِّنُه بذلك، وأما الثاني فمستَمِرٌّ علىٰ الحالة الأُولىٰ، ولم يوجد منه صُنْعٌ، فلا يُضمِّنُه، كالرِّيح إذا ألقتْ في حَجْره ثوبَ غيرِه.

قال: (ومَن كان في يدِه ألفٌ، فادَّعاها رجلان، كلُّ واحدٍ منهما أنها له، أودعها إياه، وأبىٰ أن يَحلِفَ لهما: فالألفُ بينهما، وعليه ألفٌ أخرىٰ بينهما).

. . . .

وشَرْحُ ذلك: أن دعوىٰ كلٍّ واحدٍ صحيحةٌ؛ لاحتمالها الصدقَ، فيَستَحِقُّ الحَلِفَ علىٰ المُنكِرِ، بالحديث[١]، ويُحَلَّفُ لكلٍّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد؛ لتغايُرِ الحقَّيْن.

وبأيِّهما بدأ القاضي: جاز؛ لتعذُّر الجمع بينهما، وعدمِ الأولوية.

ولو تشاحَّا: أَقرَعَ بينهما؛ تطييباً لقلبهما، ونفياً لتهمة المَيْل.

ثم إن حَلَفَ لأحدهما: يُحلَّفُ للثاني.

فإن حَلَفَ: فلا شيءَ لهما؛ لعدم الحجة.

وإن نَكَلَ، أعني للثاني: يُقضىٰ له بالنكول، لوجود الحجة.

وإن نَكَلَ للأول: يُحلَّفُ للثاني، ولا يُقضىٰ بالنكول.

بخلاف ما إذا أقرَّ لأحدِهما؛ لأن الإقرارَ حُجَّةٌ موجِبَةٌ بنفسه، فيُقضىٰ به.

أما النكول فإنما يصيرُ حجةً عند قضاء القاضي[٢]، فجاز أن يؤخِّرَه؛ ليحلف للثاني، فيَنكشفَ وجهُ القضاء.

ولو نَكَلَ للثاني أيضاً: يقضي بينهما نصفَيْن، علىٰ ما ذَكَرَ في «الكتاب»؛ لاستوائهما في الحجة.

---

(١) أي بقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «البينة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ مَن أنكر»، وقد تقدم تخريجه.

(٢) وفي نُسخ: عند اتصال القضاء به.

. . . .

ولا معتبرَ بالسَّبْق لاتحادِ زمانِ صيرورتهما حجةً، فصار كما إذا أقاما البينة.

ويَغرَمُ ألفاً أخرىٰ بينهما: لأنه أوجب الحقَّ لكلٍّ واحدٍ منهما ببذله، أو بإقراره، وذلك حجةٌ في حَقِّه، وبالصرف إليهما: صار قاضياً نصفَ حَقِّ كلِّ واحدٍ منهما بنصف حَقِّ الآخَر، فيَغرَمُه.

ولو قضىٰ القاضي للأول حين نَكَلَ: ذَكَرَ الإمامُ عليٌّ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «شرح الجامع الصغير[١]»: أنه يُحلَّفُ للثاني.

وإذا نَكَلَ: يُقضَىٰ بينهما؛ لأن القضاءَ للأول لا يُبطِلُ حَقَّ الثاني؛ لأنه[٢] يُقدِّمُه إما بنفسه[٣]، أو بالقُرعة، وكلُّ ذلك لا يُبطِلُ حقَّ الثاني.

وذَكَرَ الخَصَّافُ[٤] رحمه الله أنه ينفُذُ قضاؤه للأول، ووَضَعَ[٥] المسألةَ في العبد[٦].

وإنما نَفَذَ: لمصادفته مَحَلَّ الاجتهاد؛ لأن من العلماء مَن قال: يُقضىٰ

---

(١) للإمام الشهير فخر الإسلام علي بن محمد، ت٤٨٢هـ، مخطوط.

(٢) أي القاضي.

(٣) أي باختيار القاضي نفسه، لا لدليل أوجب ذلك، أو بالقرعة لتعذر الجمع بينهما. البناية ١٢/٤٦٣.

(٤) الإمام الشهير أحمد بن عمر، المتوفىٰ سنة ٢٦١هـ.

(٥) أي الخصاف رحمه الله. البناية ١٢/٤٦٣.

(٦) بأن كان في يده عبدٌ، فادَّعاه رجلان، كلُّ واحدٍ أنه له، وأودعه إياه.

. . . .

للأول، ولا يُنتظرُ؛ لكونه[١] إقراراً دلالةً، فينفذُ قضاؤه، ودَفْعٌ للأول[٢].

ثم لا يُحلَّف للثاني: ما هذا العبدُ لي؛ لأن نكولَه لا يفيدُ بعد ما صار للأول.

وهل يُحلِّفُه: بالله ما لهذا عليكَ هذا العبدُ ولا قيمتُه، وهو كذا وكذا، ولا أقلَّ منه؟

قال الخصَّاف رحمه الله: ينبغي أن يُحلِّفَه عند محمدٍ رحمه الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، بناءً علىٰ أن المودَعَ إذا أقرَّ بالوديعة، ودَفَعَ بالقضاء إلىٰ غيره: يَضمَنُه عند محمد رحمه الله، خلافاً له[٣].

وهذه[٤] فُرَيْعةُ تلكَ المسألة[٥]، وقد وَقَعَ فيه[٦] بعضُ الإطنابُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي النكول.

(٢) قوله: فينفذ قضاؤه، ودَفْعٌ للأول: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) أي خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

(٤) أي هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودَع للثاني بعد قضائه للأول: ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته: من تفريعات تلك المسألة التي اختلف أبو يوسف ومحمد فيها في الضمان وعدمه. نقلاً عن الإتقاني، كما هو في حواشي عدة نُسخٍ مما لدي.

(٥) أي مسألة العبد.

(٦) أي في كفاية المنتهي، كما حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وأما العيني في البناية ١٢/٤٦٤ فقال: فيه: أي في الأصل، في باب إقرار الرجل بالمال، وفي نسخة ٧٩٧هـ كتب: أي في كتاب أدب القاضي. اهـ.

كتاب العارية

العاريَّةُ: جائزةٌ، وهي تمليكُ المنافعِ بغير عِوَضٍ.

كتاب العارية

قال: (العاريَّةُ: جائزةٌ)؛ لأنها نوعُ إحسانٍ.

وقد استعار النبيُّ عليه الصلاة والسلام دُرُوعاً من صفوانَ بن أُميَّةَ[١] رضي الله عنه[٢].

قال: (وهي تمليكُ المنافعِ بغير عِوَضٍ).

وكان الكَرْخيُّ رحمه الله يقولُ: هي إباحةُ الانتفاعِ بملك الغير؛ لأنها تنعقد بلفظة: الإباحة.

ولا يُشترَطُ فيها ضَرْبُ المدة.

ومع الجهالة: لا يصحُّ التمليكُ[٣]، ولذلك يَعملُ فيها النهيُ عن الدفع إلىٰ غيره.

---

(١) قبل إسلامه، فإنه حضر حُنيناً وهو كافر، ثم أسلم وحَسُن إسلامه.

(٢) يومَ حُنَيْن، كما في سنن أبي داود (٣٥٦٢)، المستدرك للحاكم (٢٣٠٠)، مسند أحمد (١٥٣٠٢)، وينظر نصب الراية ١١٦/٤، والتلخيص الحبير ٥٢/٣، قال ابن حجر بعد أن ذكر طُرُقَه وشواهدَه: «وأعلَّ ابنُ حزم وابنُ القطان طرقَ هذا الحديث». اهـ.

قلت: لكن قوَّاه بشواهده البيهقي في السنن ٩٠/٦، وكذلك ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢٧٧/٢.

(٣) أي أن التمليك يقتضي أن تكون المنافعُ معلومة، وإلا: فلا تصح. البناية ٤٦٨/١٢.

وتصحُّ بقوله: أعرتُكَ، وأطعمتُكَ هذه الأرضَ، ومَنَحتُكَ هذا الثوبَ، وحَمَلتُكَ علىٰ هذه الدابةِ إذا لم يُرِدْ به الهبةَ.

ولا يَملِكُ[(١)] الإجارةَ من غيره.

ونحن نقول: إنه يُنبِئُ عن التمليك بغير عوض، فإن العاريةَ من: العَرِيَّة، وهي: العطيةُ، ولهذا تنعقدُ بلفظ: التمليك، والمنافعُ قابلةٌ للملك، كالأعيان.

والتمليكُ نوعان: بعوضٍ، وبغير عوض.

ثم الأعيان تَقبلُ النوعَيْن، فكذا المنافعُ، والجامعُ: دَفْعُ الحاجة.

ولفظةُ: الإباحة: استُعيرَتْ للتمليك، كما في الإجارة، فإنها تنعقِدُ بلفظة: الإباحة، وهي تمليكٌ.

والجهالةُ لا تُفضي إلىٰ المنازعة: لعدم اللزوم، فلا تكونُ ضائرةً[(٢)].

ولأن المِلْكَ يثبتُ بالقبض، وهو الانتفاعُ، وعند ذلك لا جهالةَ.

والنهيُ مَنْعٌ عن التحصيل[(٣)]، فلا تتحصَّلُ المنافعُ علىٰ مِلكِه.

ولا يَملكُ الإجارةَ: لدفع زيادةِ الضرر، علىٰ ما نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وتصحُّ بقوله: أعرتُكَ)؛ لأنه صريحٌ فيه[(٤)].

(وأطعمتُكَ هذه الأرضَ)؛ لأنه مستعمَلٌ فيه.

(ومَنَحتُكَ هذا الثوبَ، وحَمَلتُكَ علىٰ هذه الدابةِ إذا لم يُرِدْ به الهبةَ)؛

---

(١) أي المستعير.

(٢) أي مُضِرَّة.

(٣) هذا جوابٌ عن قول الكرخي: وكذلك يَعمل فيه النهي. البناية ١٢/٤٧١.

(٤) أي في عقد العارية.

وأَخدمتُكَ هذا العبدَ، وداري لكَ سُكنىً، وداري لكَ عُمْرىً سُكنىً.

وللمُعير أن يَرجِعَ في العارية متىٰ شاء .

لأنهما[1] لتمليك العَيْن.

وعند عدمِ إرادته الهبةَ: تُحمَلُ علىٰ تمليكِ المنافعِ تجوُّزاً.

(وأَخدمتُكَ هذا العبدَ)؛ لأنه إذْنٌ له في استخدامه.

(وداري لكَ سُكنىٰ)؛ لأن معناه: سُكناها لك.

(وداري لكَ عُمْرىً سُكنىٰ)؛ لأنه جَعَلَ سُكناها له مدةَ عُمُره.

وجعل قولَه: سكنىٰ: تفسيراً لقوله: لك؛ لأنه يَحتملُ تمليكَ المنافعِ، فحُمِلَ عليه بدلالة آخِرِه.

قال: (وللمُعير أن يَرجِعَ في العارية متىٰ شاء).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «المِنحةُ[2]: مردودةٌ، والعاريَّةُ: مؤدَّاةٌ»[3].

ولأن المنافعَ تُملَكُ شيئاً فشيئاً، علىٰ حَسَبِ حدوثِها، فالتمليكُ فيما لم يوجَد: لم يتصلْ به القبضُ، فيصحُّ الرجوعُ عنه.

---

(١) أي لفظ: منحتُك، وحملتُك.

(٢) المِنْحة: هي الناقة أو الشاةُ يعطيها الرجلُ الرجلَ؛ ليشرب لبنها، ثم يردها. البناية ١٢/٤٧٢.

(٣) سنن أبي داود (٣٥٦٢)، سنن الترمذي (١٢٦٥)، وقال: حديث حسن غريب، وقد روي من غير هذا الوجه، وصححه ابن حبان (٥٠٩٤)، شرح السنة للبغوي ٨/٢٢٥، وقال: حديث حسن، ينظر نصب الراية ٤/١١٨.

والعاريَّةُ أمانةٌ، إن هَلَكَتْ من غير تَعَدٍّ: لم يَضمَنْ.

وليس للمستعير أن يؤاجِرَ ما استعاره؛ فإن آجَرَه، فعَطِبَ: ضَمِنَ.

قال: (والعاريَّةُ أمانةٌ، إن هَلَكَتْ من غير تَعَدٍّ: لم يَضمَنْ[1]).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يَضمنُ[3]؛ لأنه قَبَضَ مالَ غيرِه لنفسه لا عن استحقاقٍ، فيضمنُه، والإذنُ ثبت ضرورةَ الانتفاع، فلا يَظهرُ فيما وراءَه، ولهذا كان واجبَ الردِّ، وصار كالمقبوض علىٰ سَوْمِ الشراء.

ولنا: أن اللفظَ لا يُنبِئُ عن التزام الضمان؛ لأنه لتمليك المنافعِ بغير عِوَضٍ، أو لإباحتها، والقبضُ لم يقع تعدِّياً؛ لكونه مأذوناً فيه.

والإذنُ وإن ثبت لأجل الانتفاع: فهو ما قَبَضَه إلا للانتفاع، فلم يقعْ تعدياً.

وإنما وَجَبَ الردُّ مؤنةً[4]، كنفقة المستعار، فإنها علىٰ المستعير، لا لنقض القبض.

والمقبوضُ علىٰ سَوْمِ الشراء: مضمونٌ بالعقد؛ لأن الأخذَ في العقد: له حكمُ العقد، علىٰ ما عُرِفَ في موضعه.

قال: (وليس للمستعير أن يؤاجِرَ ما استعاره؛ فإن آجَرَه، فعَطِبَ: ضَمِنَ)؛ لأن الإعارةَ، دون الإجارة، والشيءُ لا يتضمَّنُ ما هو فوقَه.

---

(١) وفي نُسخ: لم تُضمَن.

(٢) ٢/ ٢٦٧.

(٣) وفي نُسخ: تُضمَن.

(٤) هذا جوابٌ عن قوله: ولهذا كان واجب الرد.

وله أن يُعيرَه إذا كان ممَّا لا يَختَلِفُ باختلاف المستعمِلِ.

ولأنَّا لو صحَّحْناه: لا يصحُّ إلا لازماً؛ لأنه حينئذٍ يكونُ بتسليطٍ من المعير، وفي وقوعه لازماً: زيادةُ ضررٍ بالمعير؛ لسَدِّ بابِ الاسترداد إلىٰ انقضاءِ مدةِ الإجارة، فأبطلناه.

فإن آجَرَها: ضَمَّنَه[1] حين سَلَّمَه[2]؛ لأنه إذا لم تتناوَلْه العاريةُ: كان غصباً.

وإن شاء المعيرُ ضمَّنَ المستأجرَ؛ لأنه قَبَضَه بغير إذنِ المالكِ لنفسه.

ثم إن ضَمَّنَ المستعيرَ: لا يرجعُ علىٰ المستأجر؛ لأنه ظَهَرَ أنه آجَرَ ملكَ نفسه، ويتصدَّقُ بالأجر.

وإن ضمَّنَ المستأجِرَ: يرجعُ علىٰ المؤاجِرِ إذا لم يَعلم أنه كان عاريَّةً في يده؛ دفعاً لضرر الغرورِ عليه، بخلاف ما إذا عَلِمَ.

قال: (وله أن يُعيرَه إذا كان ممَّا لا يَختَلِفُ باختلاف المستعمِلِ).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: ليس له أن يُعيرَه؛ لأنه إباحةُ المنافع، علىٰ ما بيَّنَّا من قبلُ، والمباحُ له: لا يَملِكُ الإباحةَ، وهذا لأن المنافعَ غيرُ قابلةٍ للملك؛ لكونها معدومةً، وإنما جعلناها موجودةً حُكماً كما في الإجارة للضرورة، وقد اندفعت بالإباحة ها هنا.

---

(١) أي المستعير.

(٢) أي المستأجر.

(٣) نهاية المطلب ١٤٤/٧.

. . . .

ونحن نقول: هو تمليكُ المنافعِ، علىٰ ما ذكرنا، فيَملكُ الإعارةَ، كالموصَىٰ له بالخدمة، والمنافعُ اعتُبِرتْ قابلةً للملك في الإجارة، فتُجعَلُ كذلك في الإعارة؛ دفعاً للحاجة.

وإنما لا تجوز فيما يختلِفُ باختلاف المستعمِل: دفعاً لمزيد الضرر عن المُعير؛ لأنه رضيَ باستعماله، لا باستعمال غيره.

* قال رضي الله عنه: وهذا إذا صَدَرَتِ الإعارةُ مطلَقةً، وهي علىٰ أربعة أوجه:

أحدُها: أن تكونَ مطلَقةً في الوقت والانتفاع، وللمستعير فيه[1] أن يَنتفعَ به[2] في[3] أيِّ نوعٍ شاء، وفي أيِّ وقتٍ شاء؛ عملاً بالإطلاق.

والثاني: أن تكون مقيَّدةً فيهما، وليس له أن يجاوِزَ فيه ما سمَّاه؛ عملاً بالتقييد، إلا إذا كان خلافاً إلىٰ مثل ذلك، أو إلىٰ خيرٍ منه.

والحنطةُ مثلُ الحنطة، والشعيرُ خيرٌ من الحنطة إذا كان مثلُها كيلاً.

والثالثُ: أن تكونَ مقيَّدةً في حَقِّ الوقت، مطلَقةً في حَقِّ الانتفاع.

والرابعُ: عكسُه، وليس له أن يتعدىٰ ما سمَّاه، فلو استعار دابةً، ولم يُسَمِّ شيئاً: له أن يحملَ ويُعيرَ غيرَه للحَمْل؛ لأن الحَملَ لا يَتفاوَت.

---

(١) أي في المستعار.

(٢) أي بالمستعار.

(٣) لفظ: في: سقط من نُسخ كثيرة، ويستدعيه المعنىٰ، وينظر اللباب للميداني ٣/٥٠١، فقد نقل لفظ الهداية وفيه لفظ: في.

وعاريةُ الدراهمِ والدنانيرِ، والمكيلِ والموزونِ والمعدودِ: قَرْضٌ.

وإذا استعار أرضاً ليَبنيَ فيها، أو ليَغرِسَ فيها: جاز، وللمعير أن يَرجِعَ فيها، ويُكلِّفَه قَلْعَ البناءِ والغَرْس.

وله أن يَركبَ، ويُرْكِبَ غيرَه وإن كان الركوبُ مختلِفاً؛ لأنه لَمَّا أطلق: فله أن يعيِّن، حتىٰ لو ركبَ بنفسه: ليس له أن يُركِبَ غيرَه؛ لأنه تعيَّن ركوبُه.

ولو أركب غيرَه: ليس له أن يَرْكبَه بنفسه، حتىٰ لو فَعَلَه: ضَمِنَه؛ لأنه تعيَّن الإركاب.

قال: (وعاريةُ الدراهمِ والدنانيرِ، والمكيلِ والموزونِ والمعدودِ: قَرْضٌ)؛ لأن الإعارةَ تمليكُ المنافعِ، ولا يُمكنُ الانتفاعُ بها إلا باستهلاك عينِها، فاقتضىٰ تمليكَ العينِ ضرورةً، وذلك بالهبة أو بالقرض، والقرضُ أدناهما، فيَثبتُ.

أو لأنَّ مِن قضية الإعارة: الانتفاعَ، وردَّ العين، فأُقيمَ ردُّ المِثل مقامَه.

قالوا[١]: هذا إذا أطلق الإعارةَ، أما إذا عيَّن الجهةَ، بأن استعار دراهمَ ليُعايرَ[٢] بها ميزاناً، أو يُزيِّنَ بها دكاناً: لم تكن قرضاً، ولا تكونُ له إلا المنفعةُ المسمَّاةُ، وصار كما إذا استعار آنيةً يَتجمَّلُ بها، أو سيفاً محلًّى يتقلَّدُه[٣].

قال: (وإذا استعار أرضاً ليَبنيَ فيها، أو ليَغرِسَ فيها: جاز، وللمعير أن يَرجِعَ فيها، ويُكلِّفَه قَلْعَ البناءِ والغَرْس).

---

(١) أي المشايخ رحمهم الله.

(٢) وفي نُسخ: ليعيِّر. وفي المصباح المنير: لا يُقال: عيَّرت المكيال والميزان.

(٣) وفي نُسخ: يتقلَّدها. قلت: السيف: مذكَّرٌ.

ثم إن لم يكن وقَّتَ العاريةَ : فلا ضمانَ عليه .
وإن كان وقَّتَ العاريةَ ، ورَجَعَ قبلَ الوقت : صحَّ رجوعُه .
وضَمِنَ المعيرُ ما نَقَصَ من البناءِ والغَرسِ بالقلع .

أما الرجوع: فلِمَا بيَّنَّا.

وأما الجواز: فلأنها منفعةٌ معلومةٌ، تُملَكُ بالإجارة، فكذا بالإعارة.

وإذا صحَّ الرجوعُ: بقيَ المستعيرُ شاغِلاً أرضَ المُعِير، فيُكلَّفُ تفريغَها.

قال: (ثم إن لم يكن وقَّتَ العاريةَ: فلا ضمانَ عليه)؛ لأن المستعيرَ مغتَرٌّ، غيرُ مغرور، حيث اعتمد إطلاقَ العقدِ من غير أن يَسبقَ منه الوعدُ.

قال: (وإن كان وقَّتَ العاريةَ، ورَجَعَ قبلَ الوقت: صحَّ رجوعُه)؛ لِمَا ذكرنا، ولكنه يُكره؛ لِمَا فيه من خُلْف الوعد.

قال: (وضَمِنَ المعيرُ ما نَقَصَ من البناءِ والغَرسِ بالقلع)؛ لأنه مغرورٌ من جهته، حيث وقَّت له، والظاهرُ هو الوفاءُ بالعهد، فيَرجعُ عليه؛ دفعاً للضرر عن نفسه. كذا ذَكَره القدوريُّ رحمه الله في «المختصر».

وذكر الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله أنه يَضمَنُ ربُّ الأرضِ للمستعير قيمةَ غَرْسِهِ وبنائه، ويكونان له، إلا أن يشاءَ المستعيرُ أن يرفعَهما، ولا يُضمِّنَه قيمتَهما، فيكونُ له ذلك؛ لأنه مِلْكُه.

قالوا[1]: إذا كان في القلع ضررٌ بالأرض: فالخيارُ إلىٰ ربِّ الأرض؛ لأنه صاحبُ أصلٍ، والمستعيرُ صاحبُ تَبَعٍ، والترجيحُ بالأصل.

---

(١) أي المشايخُ المتأخرون. البناية ١٢/٤٨٦.

وأجرةُ ردِّ العارية علىٰ المستعير.

وأجرةُ ردِّ العينِ المستأجَرةِ علىٰ المُؤْجِر.

وأجرةُ ردِّ العينِ المغصوبة علىٰ الغاصب.

وإذا استعار دابةً، فردَّها إلىٰ إصطبلِ مالكِها، ولم يسلِّمْها إليه، فهلكت: لم يَضمن.

ولو استعارها ليَزْرَعَها: لم تُؤخَذْ منه حتىٰ يَحصُدَ الزرعَ، وقَّت أو لم يوقِّت؛ لأنَّ له نهايةً معلومةً، وفي الترك: مراعاةُ الحَقَّيْن.

بخلاف الغرس: لأنه ليس له نهايةٌ معلومةٌ، فيُقْلَعُ؛ دفعاً للضرر عن المالك.

قال: (وأجرةُ ردِّ العارية علىٰ المستعير)؛ لأن الردَّ واجبٌ عليه؛ لِمَا أنه قَبَضَه لمنفعة نفسِه، والأجرةُ مؤنةُ الردِّ، فتكونُ عليه.

قال: (وأجرةُ ردِّ العينِ المستأجَرةِ علىٰ المُؤْجِر)؛ لأن الواجبَ علىٰ المستأجر التمكينُ والتخليةُ، دونَ الردِّ، فإن منفعةَ قَبْضِه سالمةٌ للمؤجِرِ معنىً، فلا تكونُ عليه مؤنةُ ردِّه.

قال: (وأجرةُ ردِّ العينِ المغصوبةِ علىٰ الغاصب).

لأن الواجبَ عليه الردُّ والإعادةُ إلىٰ يدِ المالك؛ دفعاً للضرر عنه، فتكونُ مؤنتُه عليه.

قال: (وإذا استعار دابةً، فردَّها إلىٰ إصطبلِ مالكِها، ولم يسلِّمْها إليه[1]، فهلكت: لم يَضمن)، وهذا استحسانٌ.

---

(١) قوله: ولم يُسلِّمها إليه: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ.

وإن استعار عيناً، فردَّها إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمْها إليه : لم يضمن .

ولو ردَّ المغصوبَ أو الوديعةَ إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمْها إليه : ضَمِنَ .

ومَن استعار دابةً، فردَّها مع عبدِه، أو أجيرِه : لم يضمن .

وفي القياس: يَضمنُ؛ لأنه ما ردَّها إلىٰ مالكِها، بل ضيَّعها.

وجهُ الاستحسان: أنه أتىٰ بالتسليم المتعارَف؛ لأن ردَّ العواري إلىٰ دار المُلاَّك معتادٌ، كآلة البيت.

ولو ردَّها إلىٰ المالك: فالمالكُ يردُّها إلىٰ المَرْبِط، فصحَّ الردُّ[1].

قال: (وإن استعار عيناً[2]، فردَّها إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمْها إليه: لم يضمن)؛ لِمَا بيَّنَّا من العُرف.

قال: (ولو ردَّ المغصوبَ أو الوديعةَ إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمْها إليه: ضَمِنَ)؛ لأن الواجبَ علىٰ الغاصبِ فَسْخُ فعلِه، وذلك بالردِّ إلىٰ المالك، دونَ غيرِه، والوديعةُ لا يرضىٰ المالكُ بردِّها إلىٰ الدار، ولا إلىٰ يدِ مَن في العِيال؛ لأنه لو ارتضاه: لَمَا أودعها إياه.

بخلاف العواري: لأن فيها عُرفاً، حتىٰ لو كانتِ العاريةُ عِقْدَ جوهرٍ: لم يردَّها إلا إلىٰ المعير؛ لعدم ما ذكرنا من العُرف فيه.

قال: (ومَن استعار دابةً، فردَّها مع عبدِه، أو أجيرِه: لم يضمن[3]).

---

(١) قوله: فصحَّ الردُّ: مثبتٌ في نسخة ٨٦٠هـ.

(٢) وفي نُسخ: عبداً.

(٣) أي إن هلكت.

وكذا إذا ردَّها مع عبدِ ربِّ الدابة، أو أجيرِه، فهلكتْ: لم يَضمَن.

وإن ردَّها مع أجنبيٍّ: ضَمِنَ.

ومَن أعار أرضاً بيضاءَ للزراعة: يَكتبُ: إنكَ أطعمتَني، عند أبي حنيفة رحمه الله.

والمرادُ بالأجير: أن يكون مسانَهَةً أو مشاهرةً؛ لأنها أمانةٌ، فله أن يحفظَها بيد مَن في عِيَاله، كما في الوديعة.

بخلاف الأجير مُيَاوَمةً؛ لأنه ليس في عِياله.

قال: (وكذا إذا ردَّها مع عبدِ ربِّ الدابة، أو أجيرِه، فهلكتْ: لم يَضمَن)؛ لأن المالكَ يرضىٰ به؛ ألا ترىٰ أنه لو ردَّه إليه: فهو يردُّه إلىٰ عبده.

وقيل: هذا في العبد الذي يقومُ علىٰ الدواب.

وقيل: فيه، وفي غيره، وهو الأصح؛ لأنه إن كان لا يَدفعُ إليه دائماً: يَدفعُ إليه أحياناً.

قال: (وإن ردَّها مع أجنبيٍّ: ضَمِنَ).

ودلَّتِ المسألةُ علىٰ أن المستعيرَ لا يملكُ الإيداعَ قصداً، كما قاله بعضُ المشايخ، وقال بعضُهم: يملكُه؛ لأنه دونَ الإعارة، وأوَّلوا هذه المسألةَ بانتهاء الإعارة؛ لانقضاء المدة.

قال: (ومَن أعار أرضاً بيضاءَ للزراعة: يكتبُ: إنكَ أطعمتَني عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : يكتبُ : إنك أعرتَني .

وقالا: يكتبُ: إنك أعرتَني)؛ لأن لفظةَ: الإعارة: موضوعةٌ له، والكتابةُ بالموضوع له أولىٰ، كما في إعارة الدار.

وله: أن لفظةَ: الإطعام: أدلُّ علىٰ المراد؛ لأنها تخصُّ الزراعةَ، والإعارةُ تنتظمُها وغيرَها، كالبناء ونحوه، فكانتِ الكتابةُ بها أولىٰ.

بخلاف الدار: لأنها لا تُعار إلا للسكنىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب الهبة

الهبةُ تصحُّ بالإيجابِ والقبولِ والقَبْضِ .

كتاب الهبة

قال: (الهبةُ) عقدٌ مشروعٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «تَهَادَوْا: تَحَابُّوا»[1].

وعلىٰ ذلك انعقد الإجماعُ[2].

قال: و(تصحُّ بالإيجابِ والقبولِ والقَبْضِ).

أما الإيجابُ والقبول؛ فلأنه عقدٌ، والعقدُ ينعقدُ بالإيجاب والقبول.

والقبضُ: لا بدَّ منه لثبوت الملك.

وقال مالكٌ[3] رحمه الله: يثبتُ الملكُ فيه قبلَ القبض؛ اعتباراً بالبيع.

وعلىٰ هذا الخلافِ: الصدقةُ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا تجوزُ الهبةُ إلا مقبوضةً»[4].

---

(١) قال في التلخيص الحبير ٦٩/٣: رواه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٤)، والبيهقي (١١٩٤٦)، وأورده ابن طاهر في مسند الشهاب (٦٥٩)، وإسنادُه حسن. اهـ، وينظر الدراية ٢/١٨٣.

(٢) أي إجماع الأمة. البناية ١٢/٤٩٤.

(٣) ينظر الشرح الكبير للدردير ٤/١٠٠.

(٤) قال في نصب الراية ٤/١٢١: غريب، وفي الدراية ٢/١٨٣: لم أجده. اهـ =

فإن قَبَضَها الموهوبُ له في المجلس بغير أَمْرِ الواهب : جاز.

وإن قَبَضَ بعد الافتراق : لم يَجُزْ، إلا أن يأذنَ له الواهبُ في القبض.

والمرادُ: نفيُ الملك؛ لأن الجوازَ بدونه ثابتٌ.

ولأنه عقدُ تبرُّعٍ، وفي إثبات الملكِ قبلَ القبض: إلزامُ المتبرِّعِ شيئاً لم يتبرَّعْ به، وهو التسليمُ، فلا يصح.

بخلاف الوصيةِ؛ لأن أوانَ ثبوتِ الملكِ فيها بعدَ الموت، ولا إلزامَ علىٰ المتبرِّع؛ لعدم أهليةِ اللزوم، وحَقُّ الوارثِ متأخِّرٌ عن الوصية، فلم يملِكْها.

قال: (فإن قَبَضَها الموهوبُ له في المجلس بغير أَمْرِ الواهب: جاز)؛ استحساناً.

قال: (وإن قَبَضَ بعد الافتراق: لم يَجُزْ، إلا أن يأذنَ له الواهبُ في القبض).

والقياسُ: أن لا يجوزَ في الوجهَيْن جميعاً، وهو قولُ الشافعيِّ[1] رحمه الله؛ لأن القبضَ تصرُّفٌ في مِلْكِ الواهب، إذْ مِلْكُه[2] قبلَ القبض باقٍ، فلا يصحُّ بدون إذنه.

قلت: هذا مرفوعاً، لكن روي عن ابن عباس بلفظ: «لا تجوز الصدقة حتىٰ تُقبض»، كما في مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٥١٠)، وروي عن إبراهيم النخعي: «أنه قال في الهبة والصدقة: لا تجوز إلا مقبوضةً معلومةً»، كما في الآثار لأبي يوسف (٧٥١)، وينظر التعريف والإخبار للعلامة قاسم ٢/ ٤٥٠.

(١) الحاوي الكبير ٧/٥٣٦.

(٢) أي ملك الواهب.

وتنعقدُ الهبةُ بقوله: وهبتُ، ونَحَلْتُ، وأعطيتُ.

وأطعمتُكَ هذا الطعامَ، وجعلتُ هذا الثوبَ لكَ، وأَعمَرْتُكَ هذا الشيءَ، وحملتُكَ علىٰ هذه الدابةِ إذا نوىٰ بالحُمْلان الهبةَ.

ولنا[1]: أن القبضَ بمنزلة القبولِ في الهبة، من حيث إنه يتوقَّفُ عليه ثبوتُ حُكْمِه، وهو الملكُ، والمقصودُ منه إثباتُ الملك، فيكونُ الإيجابُ منه تسليطاً علىٰ القبض.

بخلاف ما إذا قَبَضَ بعد الافتراق: لأنا إنما أثبتنا التسليطَ فيه إلحاقاً له بالقبول، والقبولُ يتقيدُ بالمجلس، فكذا ما يُلحَقُ به.

بخلاف ما إذا نهاه عن القبضِ في المجلس: لأن الدلالةَ لا تعملُ في مقابلةِ الصريح.

قال: (وتنعقدُ الهبةُ بقوله: وهبتُ، ونَحَلْتُ، وأعطيتُ).

لأن الأولَ: صريحٌ فيه، والثاني: مستعمَلٌ فيه.

قال عليه الصلاة والسلام: «أكُلَّ أولادِكَ نَحَلْتَ مثلَ هذا؟»[2].

وكذلك الثالث، يُقالُ: أعطاك اللهُ، ووهَبَكَ اللهُ: بمعنىً واحدٍ.

(و) كذا تنعقدُ بقوله: (أطعمتُكَ هذا الطعامَ، وجعلتُ هذا الثوبَ لكَ، وأَعمَرْتُكَ هذا الشيءَ، وحملتُكَ علىٰ هذه الدابةِ إذا نوىٰ بالحُمْلان الهبةَ).

---

(١) وفي نُسخ: وجه الاستحسان.

(٢) صحيح البخاري (٢٥٨٦)، صحيح مسلم (١٦٢٣).

ولو قال : كسوتُكَ هذا الثوبَ : يكونُ هبةً .

ولو قال : داري لكَ هبةً سكنىٰ، أو : سكنىٰ هبةً : فهي عاريةٌ .

أما الأولُ: فلأنَّ الإطعامَ إذا أُضيفَ إلىٰ ما تُطعَم عينُه: يُرادُ به تمليكُ العينِ.

بخلاف ما إذا قال: أطعمتُكَ هذه الأرضَ، حيث تكونُ عاريةً؛ لأنَّ عينَها لا تُطعَم، فيكونُ المرادُ به: إطعامَ غَلَّتِها.

وأما الثاني: فلأنَّ حرفَ اللام للتمليك.

وأما الثالثُ: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أعمرَ عُمْرَىٰ: فهي للمُعمَرِ له، ولورثتِه مِن بعده»[1].

وكذا إذا قال: جعلتُ هذه الدارَ لكَ عُمْرىٰ؛ لِمَا قلنا.

وأما الرابعُ: فلأنَّ الحَمْلَ: هو الإركابُ حقيقةً، فيكونُ عاريةً، لكنه يحتملُ الهبةَ، يُقال: حَمَلَ الأميرُ فلاناً علىٰ فَرَسٍ، ويُراد به التمليكُ، فيُحمَلُ عليه عند نيَّته.

قال: (ولو قال: كسوتُكَ هذا الثوبَ: يكونُ هبةً)؛ لأنه يُرادُ به التمليكُ.

قال الله تعالىٰ: ﴿ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾. المائدة/٨٩.

ويقال: كَسَا الأميرُ فلاناً ثوباً: أي مَلَّكَه منه.

ولو قال: مَنَحتُكَ هذه الجاريةَ: كانت عاريةً؛ لِمَا روينا من قبل.

قال: (ولو قال: داري لكَ هبةً[2] سكنىٰ، أو: سكنىٰ هبةً: فهي عاريةٌ).

---

(١) صحيح مسلم (١٦٢٥)، منية الألمعي ص٤٠٢.

(٢) قال في البناية ١٢/٥٠٣: ونَصْبُ: هبة: في الموضعين: علىٰ الحال أو التمييز.

وكذا إذا قال: عُمرىٰ سُكنىٰ، أو نُحْلىٰ سُكنىٰ، أو سُكنىٰ صدقةً، أو صدقةً عاريةً، أو عاريةً هبةً.

ولو قال: هبةً تسكنُها: فهي هبةٌ.

ولا تجوزُ الهبةُ فيما يُقسَمُ، إلا مَحوزةً، مَقْسومةً.

وهبةُ المُشاعِ فيما لا يُقسَمُ: جائزةٌ.

لأن العاريةَ مُحكَمةٌ في تمليك المنفعة، والهبةُ تحتمِلُها، وتحتملُ تمليكَ العينِ، فيُحمَلُ المُحتَمِلُ علىٰ المُحكَم في تمليك المنفعة[1].

قال: (وكذا إذا قال: عُمرىٰ سُكنىٰ، أو نُحْلىٰ سُكنىٰ، أو سُكنىٰ صدقةً، أو صدقةً عاريةً، أو عاريةً هبةً)؛ لِمَا قدَّمناه.

قال: (ولو قال: هبةً تسكنُها: فهي هبةٌ)؛ لأن قولَه: تَسكنُها: مَشُورَةٌ، وليس بتفسيرٍ له، وهو تنبيهٌ علىٰ المقصود.

بخلاف قولِه: هبةً سكنىٰ؛ لأنه تفسيرٌ له[2].

قال: (ولا تجوزُ الهبةُ فيما يُقسَمُ، إلا مَحوزةً، مَقْسومةً.

وهبةُ المُشاعِ فيما لا يُقسَمُ: جائزةٌ).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: تجوزُ في الوجهَيْن؛ لأنه عقدُ تمليكٍ، فيصحُّ في المُشَاعِ وغيرِه، كالبيع بأنواعه.

---

(١) قوله: في تمليك المنفعة: مثبتٌ في نسخة ٦٠٥هـ.

(٢) فيكون عاريةً.

(٣) الحاوي الكبير ٧/٥٣٤.

. . . .

وهذا لأن المُشَاعَ قابِلٌ لحُكْمه، وهو الملك، فيكونُ مَحَلاًّ له، وكونُه تبرُّعاً: لا يُبطِلُه الشيوعُ، كالقرض والوصية.

ولنا: أن القبضَ منصوصٌ عليه في الهبة، فيُشترطُ كمالُه، والمُشاعُ لا يَقبلُه إلا بضمٍّ غيرِه إليه، وذلك غيرُ موهوب.

ولأن في تجويزه: إلزامَه شيئاً لم يلتزِمْه، وهو ضررُ القسمة، ولهذا امتنع جوازُه قبلَ القبض؛ كي لا يلزمُه التسليم.

بخلاف ما لا يُقسَم؛ لأن القبضَ القاصرَ هو الممكنُ، فيُكتَفىٰ به؛ ولأنه لا تلزمُه مؤنةُ القسمة.

والمهايأةُ تلزمُه فيما لم يَتبرَّع به، وهو المنفعةُ، والهبةُ لاقَتِ العينَ، والوصيةُ ليس من شَرْطِها القبضُ، وكذا البيعُ الصحيح.

وأما البيعُ الفاسدُ والصرفُ والسلمُ: فالقبضُ فيها غيرُ منصوصٍ عليه.

ولأنها عقودُ ضمانٍ، فتُناسِبُ لزومَ مؤنةِ القسمة، والقرضُ تبرُّعٌ من وجهٍ، وعقدُ ضمانٍ من وجه، فشَرَطْنا القبضَ القاصرَ فيه، دون القسمة؛ عملاً بالشَّبَهَيْن، علىٰ أن القبضَ غيرُ منصوصٍ عليه فيه[١].

ولو وَهَبَ لشريكه[٢]: لا يجوز؛ لأن الحكم[٣] يُدار علىٰ نفس الشيوع.

---

(١) أي في القرض.

(٢) وفي نُسخ: من شريكه.

(٣) أي عدم الصحة.

ومَن وَهَبَ شِقْصاً مُشَاعاً: فالهبةُ فاسدةٌ، فإن قَسَمَه، وسلَّمَه: جاز.

ولو وَهَبَ دقيقاً في حنطةٍ، أو دُهْناً في سِمْسِمٍ: فالهبةُ فاسدةٌ، فإن طَحَنَ وسلَّمَ: لم يَجُزْ.

وإذا كانتِ العينُ في يد الموهوب له: مَلَكَها بالهبة وإن لم يُجدِّدْ فيها قَبْضاً.

قال: (ومَن وَهَبَ شِقْصاً مُشَاعاً: فالهبةُ فاسدةٌ)؛ لِمَا ذَكَرْنا.

(فإن قَسَمَه، وسلَّمَه: جاز)؛ لأن تمامَه بالقبض، وعنده[1]: لا شيوعَ.

قال: (ولو وَهَبَ دقيقاً في حنطةٍ، أو دُهْناً في سِمْسِمٍ: فالهبةُ فاسدةٌ، فإن طَحَنَ وسلَّمَ: لم يَجُزْ)، وكذا السَّمْنُ في اللَّبَن.

لأن الموهوبَ معدومٌ، ولهذا لو استخرجه الغاصبُ: يَملِكُه، والمعدومُ ليس بمَحَلٍّ للملك، فوقَعَ العقدُ باطلاً، فلا ينعقدُ إلا بالتجديد[2]، بخلاف ما تقدَّم: لأن المشاعَ مَحَلٌّ للتمليك.

وهبةُ اللبنِ في الضرعِ، والصوفِ علىٰ ظهرِ الغنم، والزرعِ والنخلِ في الأرضِ، والتمرِ في النخيل: بمنزلة المُشَاع؛ لأن امتناعَ الجواز: للاتصال، وذلك يمنعُ القبضَ كالشائع.

قال: (وإذا كانتِ العينُ في يد الموهوب له: مَلَكَها بالهبة وإن لم يُجدِّدْ فيها قَبْضاً)؛ لأن العينَ في قَبْضِه، والقبضُ هو الشرط.

---

(١) أي عند القبض.

(٢) أي تجديد العقد.

وإذا وَهَبَ الأبُ لابنِه الصغيرِ هبةً : مَلَكَها الابنُ بالعقد .

وإن وهب له أجنبيٌّ هبةً : تمَّت بقبض الأب .

وإن وُهِبَ لليتيم هبةٌ، فقَبَضَها له وليُّه : جاز .

بخلاف ما إذا باعه منه: لأن القبضَ في البيع مضمونٌ، فلا ينوبُ عنه قبضُ الأمانة، أما قبضُ الهبة: فغيرُ مضمونٍ، فينوبُ عنه.

قال: (وإذا وَهَبَ الأبُ لابنِه الصغيرِ هبةً: مَلَكَها الابنُ بالعقد)؛ لأنه في قَبْض الأب، فينوبُ عن قَبْضِ الهبة.

ولا فَرْقَ بين ما إذا كان في يده، أو في يدِ مودَعه؛ لأن يدَه: كيده.

بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مَبِيعاً بيعاً فاسداً: لأنه في يدِ غيرِه، أو في ملكِ غيره.

والصدقةُ[1] في هذا: مثلُ الهبة.

وكذا إذا وَهَبَتْ له أمُّه، وهو في عِيالها، والأبُ ميتٌ، ولا وصيَّ له.

وكذلك كلُّ مَن يَعُولُه[2].

قال: (وإن وهب له أجنبيٌّ هبةً: تمَّت بقبض الأب)؛ لأنه يملكُ عليه الدائرَ بين النافعِ والضائرِ، فأَوْلىٰ أن يَملكَ النافعَ.

قال: (وإن وُهِبَ لليتيم هبةٌ، فقَبَضَها له وليُّه)، وهو وصيُّ الأبِ، أو جدُّ اليتيمِ، أو وصيُّه: (جاز)؛ لأن لهؤلاءِ ولايةً عليه؛ لقيامهم مَقامَ الأب.

---

(١) أي علىٰ الصغير. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) يعني كل مَن يعولُ الصغيرَ إذا قبض الهبةَ له: يصح، كالأخ والعم.

وإن كان في حَجرِ أُمِّه : فقَبْضُها له جائزٌ.

وكذا إذا كان في حَجرِ أجنبيٍّ يُرَبِّيْه : فقَبْضُه له جائزٌ.

وإن قَبَضَ الصبيُّ الهبةَ بنفسه : جاز.

قال: (وإن كان في حَجرِ أُمِّه: فقَبْضُها له جائزٌ)؛ لأن لها الولايةَ فيما يرجعُ إلىٰ حِفْظِه، وحِفْظِ مالِه، وهذا من بابه؛ لأنه لا يبقىٰ إلا بالمال، فلا بدَّ من ولايةِ التحصيل النافع.

قال: (وكذا إذا كان في حَجرِ أجنبيٍّ يُرَبِّيْه: فقَبْضُه له جائزٌ)؛ لأن له عليه يداً معتبرةً، ألا ترىٰ أنه لا يتمكَّنُ أجنبيٌّ آخَرُ أن يَنْزِعَه من يده، فيملكُ ما يتمحَّضُ نفعاً في حقِّه.

قال: (وإن قَبَضَ الصبيُّ الهبةَ بنفسه: جاز).

معناه: إذا كان عاقلاً؛ لأنه نافعٌ في حقِّه، وهو من أهله.

وفيما وُهِبَ للصغيرة: يجوزُ قَبْضُ زوجِها لها بعد الزِّفاف؛ لتفويض الأبِ أمورَها إليه دلالةً، بخلاف ما قبلَ الزِّفافِ، ويملكُه[1] مع حضرة الأب.

بخلاف الأُمِّ، وكلِّ مَن يعولُها غيرُها[2]، حيثُ لا يملِكونَه[3] إلا بعد موت الأب، أو غَيْبتِه غَيْبةً منقطعةً، في الصحيحِ؛ لأن تصرُّفَ هؤلاء للضرورة، لا بتفويضِ الأب، ومع حضورِه: لا ضرورةَ.

---

(١) أي يملك الزوجُ قبضَ الهبة. البناية ١٢/٥١٧.

(٢) أي وكل مَن يعول الصغيرة غيرُ الأم. البناية ١٢/٥١٧.

(٣) أي القبض.

وإذا وَهَبَ اثنان من واحدٍ داراً : جاز.

وإن وَهَبَها واحدٌ من اثنين : لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يصحُّ.

قال: (وإذا وَهَبَ اثنان من واحدٍ داراً: جاز).

لأنهما سَلَّماها جملةً، وهو قد قَبَضَها جملةً، فلا شيوعَ.

قال: (وإن وَهَبَها واحدٌ من اثنين: لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يصحُّ).

لأن هذه هبةُ الجملة منهما، إذِ التمليكُ واحدٌ، فلا يتحقَّقُ الشيوعُ، كما إذا رَهَنَ من رجلين داراً.

وله: أن هذه هبةُ النصفِ من كلٍّ واحدٍ منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يُقسَمُ، فقَبِلَ أحدُهما: صحَّ.

ولأن الملكَ يثبتُ لكلٍّ واحدٍ منهما في النصف، فيكونُ التمليكُ كذلك؛ لأنه حُكمُه، وعلىٰ هذا الاعتبار يتحقَّقُ الشيوعُ.

بخلاف الرهنِ: لأن حُكْمَه الحبسُ، ويثبتُ لكل واحدٍ منهما كَمَلاً، إذ لا تضايُقَ[١] فيه، فلا شيوعَ، ولهذا لو قضى[٢] دَيْنَ أحدِهما: لا يَستردُّ شيئاً من الرهن.

---

(١) جاء خطأً في طبعات الهداية القديمة: لا تضايفَ. بالفاء.

(٢) أي الراهنُ.

وفي «الجامع الصغير» : إذا تصدَّق علىٰ محتاجَيْن بعشرةِ دراهمَ، أو وهَبَهَا لهما : جاز.

ولو تصدَّق بها علىٰ غَنِيَّيْن، أو وَهَبَها لهما : لم يَجُزْ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يجوزُ للغَنِيَّيْن أيضاً.

(وفي «الجامع الصغير[1]»: إذا تصدَّق علىٰ محتاجَيْن بعشرةِ دراهمَ، أو وهَبَهَا لهما: جاز.

ولو تصدَّق بها علىٰ غَنِيَّيْن، أو وَهَبَها لهما: لم يَجُزْ[2]، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يجوزُ للغَنِيَّيْن أيضاً).

جَعَلَ[3] كلَّ واحدٍ منهما مجازاً عن الآخَر، والصلاحيةُ ثابتةٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما تمليكٌ بغير بدلٍ.

وفرَّقَ[4] بين الصدقة والهبة في الحكم.

وفي «الأصل[5]» سوَّىٰ بينهما[6]، فقال: وكذلك الصدقةُ؛ لأن الشيوعَ مانعٌ في الفصلين؛ لتوقُّفهما علىٰ القبض.

---

(١) ص ٢١٤.

(٢) وفي نُسخ: لم يُجزه.

(٣) أي الإمام أبو حنيفة. البناية ١٢/٥١٩.

(٤) أي الإمام محمد رحمه الله في رواية الجامع الصغير. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، البناية ١٢/٥٢٠، وفي حواشي نُسخٍ أخرىٰ كتبوا: أي أبو حنيفة.

(٥) للإمام محمد ٣/٣٧٢.

(٦) أي سوىٰ محمد رحمه الله في الحكم بين الصدقة والهبة.

. . . .

ووجهُ الفرق علىٰ هذه الرواية[١]: أن الصدقةَ يُرادُ بها وجهُ الله تعالىٰ، وهو واحدٌ[٢]، ويكون القابضُ هو الله تعالىٰ[٣].

قال عليه الصلاة والسلام: «الصدقةُ تَقَعُ في يدِ الرحمن، ثم في كَفِّ الفقير[٤]»[٥]، فلا يتحقَّقُ الشيوعُ.

والهبةُ يُرادُ بها وجهُ الغنيِّ، وهما اثنان.

وقيل: هذا هو الصحيحُ.

---

(١) أي رواية الجامع الصغير. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، والبناية ١٢/٥٢٠.

(٢) لا شريك له سبحانه.

(٣) وتصير للفقير نيابة عن الله تعالىٰ في القبض. البناية ١٢/٥٢٠.

(٤) هذا الحديث والجملةُ قبله: ويكون القابض هو الله تعالىٰ: مثبتٌ في نُسخة ١٠٤٠هـ، وهي نسخة نفيسةٌ، وقد استدل بهذا الحديث في الموضع نفسه من كتاب الهبة الكاسانيُّ في بدائع الصنائع ٦/١٢٣.

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وذكره الموصلي في الاختيار ١/١١٩ في مصارف الزكاة بلفظ: «إن الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد السائل».

وقد أخرجه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً الطبراني في الكبير (١٢١٥٠)، والبيهقي في شعب الإيمان (٣٥٢٥)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/١١٠: فيه مَن لم أعرفه، وأخرجه مرفوعاً أيضاً أبو نعيم في الحلية ٤/٨١ من حديث فضالة بن عبيد.

وروي موقوفاً من كلام ابن مسعود رضي الله عنه في الزهد لابن المبارك (٦٤٧)، والطبراني في الكبير (٨٥٧١)، قال في التعريف والإخبار ٢/٧١ بعد تخريجه مرفوعاً، قال عن الموقوف: رجاله ثقات إلا عبد الله بن قتادة: فمستور. اهـ

. . . .

والمرادُ بالمذكور في «الأصل»: الصدقةُ علىٰ غنيَّيْن.

ولو وَهَبَ لرجلين داراً: لأحدِهما ثلثاها، وللآخَر ثلثُها: لم يَجُزْ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ رحمه الله: يجوز.

ولو قال: لأحدِهما نصفُها، وللآخَر نصفُها: فعن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان.

فأبو حنيفة رحمه الله مرَّ علىٰ أصله، وكذا محمدٌ رحمه الله.

والفَرْقُ لأبي يوسف رحمه الله: أنَّ بالتنصيص علىٰ الأبعاض يظهرُ أن قَصْدَه ثبوتُ الملك في البعض، فيتحقَّقُ الشيوعُ.

ولهذا لا يجوزُ إذا رَهَنَ من رجلين، ونصَّ علىٰ الأبعاض[1]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

(١) أي علىٰ أن يكون النصف رهناً عند هذا، والنصف الآخر رهناً عند هذا.

باب

الرجوع في الهبة

وإذا وَهَبَ هبةً لأجنبيٍّ: فله الرجوعُ فيها.

باب

الرجوع في الهبة

قال: (وإذا وَهَبَ هبةً لأجنبيٍّ: فله الرجوعُ فيها).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا رجوعَ فيها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَرجعُ الواهبُ في هبته، إلا الوالدُ فيما يَهَبُ لولدِه»[2].

ولأن الرجوعَ يُضادُّ التمليكَ، والعقدُ لا يقتضي ما يضادُّه.

بخلاف هبةِ الوالدِ لولدِه، علىٰ أصلِه[3]؛ لأنه لم يَتِمَّ التمليكُ؛ لكونه جزءاً له.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُثَبْ منها»[4].

أي ما لم يُعوَّض.

---

(١) الأم ٤/٦٤.

(٢) سنن أبي داود (٣٥٣٩)، سنن الترمذي (٢١٣٢)، وصححه، هو وابن حبان (٥١٢٣)، سنن ابن ماجه (٢٣٧٧)، الدراية ٢/١٨٤.

(٣) أي علىٰ أصل الإمام الشافعي رحمه الله.

(٤) سنن ابن ماجه (٢٣٨٧)، سنن الدارقطني (٢٩٧١)، سنن البيهقي (١٢٠٢٤)، وله عدة طرق فيها مقالٌ، لكنه يتقوىٰ بها، ينظر نصب الراية ٤/١٢٥.

. . . .

ولأن المقصودَ بالهبة[1] هو: التعويضُ للعادة، فتثبتُ للواهب ولايةُ الفسخِ عند فواتِه، إذِ العقدُ يَقْبَلُه.

والمرادُ بما روى[2]: نفيُ استبدادِ الرجوع، وإثباتُه للوالد؛ فإنه يتملَّكُه[3] للحاجة، وذلك يُسمَّىٰ رجوعاً.

وقولُه في «الكتاب[4]»: فله الرجوعُ: لبيانِ الحُكْم.

أما الكراهةُ[5]: فلازمةٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «العائدُ في هبته: كالعائد في قَيْئه»[6]، وهذا لاستقباحه.

[موانع الرجوع في الهبة:]

ثم للرجوع موانعُ[7].

---

(١) وفي نُسخ: بالعقد. قلت: أي عقد الهبة.

(٢) أي ما احتجَّ به الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) أي بالثمن.

(٤) أي مختصر القدوري. البناية ١٢/٥٢٧.

(٥) أي في الرجوع.

(٦) صحيح البخاري (٢٦٢١)، صحيح مسلم (١٦٢٢).

(٧) كُتِب في حاشية نسخة ٦٠٥هـ:

ومانعٌ عن الرجوع في الهبة يا صاحبي حروفُ: دَمْعٍ خَزَقَه. اهـ

قلت: كلُّ حرفٍ منها يرمز لمانعٍ، فالدال: للزيادة، والميم: موت أحد المتعاقدين، والعين: العوض، والخاء: خروج الهبة عن ملك الموهوب له، والزاي: الزوجية، والقاف: القرابة، والهاء: هلاك الموهوب. وقد ذَكَرَها النسفيُّ في كنز الدقائق ص٥٣٨ بقوله: «ومَنَعَ الرجوعَ: دَمْعٌ خزَقَه»: أي دَمْعٌ أصابه. ينظر البناية ١٢/٥٢٩.

إلا أن يُعوِّضَه عنها، أو تزيدَ زيادةً متصلةً، أو يموتَ أحدُ المتعاقدَيْن، أو تَخرُجَ الهبةُ عن مِلكِ الموهوب له.

فإن وَهَبَ لآخَرَ أرضاً بيضاءَ، فأنبتَ في ناحيةٍ منها نَخْلاً، أو بنىٰ بيتاً، أو دُكَّاناً، أو آرِيًّاً، وكان ذلك زيادةً فيها: فليس له أن يرجعَ.........

ذَكَرَ بعضَها في «الكتاب[1]»، فقال:

(١ـ إلا أن يُعوِّضَه عنها)؛ لحصول المقصود.

(٢ـ أو تزيدَ[2] زيادةً متصلةً)؛ لأنه لا وجهَ إلىٰ الرجوع فيها دونَ الزيادة؛ لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة؛ لعدم دخولها تحت العقد.

(٣ـ أو يموتَ أحدُ المتعاقدَيْن)؛ لأنَّ بموت الموهوبِ له: ينتقلُ الملكُ إلىٰ الورثة، فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهبُ: فوارثُه أجنبيٌّ عن العقد، إذ هو[3] ما أوجبه[4].

(٤ـ أو تَخرُجَ الهبةُ عن مِلكِ الموهوب له) ؛ لأنه حَصَلَ بتسليطه، فلا ينقُضُه، ولأنه تَجَدَّدَ الملكُ بتجدُّد سببه.

قال: (فإن وَهَبَ لآخَرَ أرضاً بيضاءَ، فأنبتَ في ناحيةٍ منها نَخْلاً، أو بنىٰ بيتاً[5]، أو دُكَّاناً، أو آرِيًّاً[6]، وكان ذلك زيادةً فيها: فليس له أن يرجعَ

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) أي العين الموهوبة.

(٣) أي وارث الواهب.

(٤) أي ما أوجب الملك للموهوب له، فلا يكون له حق الرجوع بالنص.

(٥) وفي نُسخٍ: بناءً.

(٦) أي مَحْبس الدابة، ومَعْلَفَها. البناية ١٢/ ٥٣٣.

في شيءٍ منها.

فإن باع نصفَها غيرَ مقسومٍ: رَجَعَ في الباقي.

وإن لم يَبِعْ شيئاً منها: له أن يَرجِعْ في نصفِها.

وإن وَهَبَ هبةً لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: فلا رجوعَ فيها.

في شيءٍ منها)؛ لأن هذه زيادةٌ متصلةٌ.

وقولُه: وكان ذلك زيادةً فيها: إشارةً إلىٰ أنَّ[1] الدكَّانَ قد يكون صغيراً حقيراً لا يُعَدُّ زيادةً أصلاً.

وقد تكون الأرضُ عظيمةً: فيُعَدُّ ذلك زيادةً في قطعةٍ منها، فلا يمتنع الرجوعُ في غيرها.

قال: (فإن باع نصفَها غيرَ مقسومٍ: رَجَعَ في الباقي)؛ لأن الامتناعَ بقَدْرِ المانع.

(وإن لم يَبِعْ شيئاً منها: له أن يَرجِعْ في نصفِها)؛ لأن له أن يرجعَ في كلِّها، فكذا في نصفِها بطريق الأَوْلىٰ.

قال: (٥ـ وإن وَهَبَ هبةً لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: فلا رجوعَ فيها).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا كانتِ الهبةُ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: لم يُرْجَعْ فيها»[2].

---

(١) وفي نُسخ: لأن الدكان.

(٢) المستدرك للحاكم (٢٣٢٤)، وقال: صحيح، سنن الدارقطني (٢٩٧٣).

وكذلك ما وَهَبَ أحدُ الزوجين للآخَر.

وإذا قال الموهوبُ له للواهِب: خُذْ هذا عوضاً عن هِبَتِكَ، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها، فقَبَضَه الواهبُ: سَقَطَ الرجوعُ.

وإن عوَّضَه أجنبيٌّ عن الموهوبِ له متبرِّعاً، فقَبَضَ الواهبُ العوضَ: بطل الرجوعُ.

ولأن المقصودَ فيها: صلةُ الرحم، وقد حَصَلَ.

والشافعيُّ يُخالِفُنا في هبةِ الوالدِ لولده[1]، وقد ذكرنا وجهَه.

قال: (٦- وكذلك ما وَهَبَ أحدُ الزوجين للآخَر)؛ لأن المقصودَ فيها: الصلةُ، كما في القرابة.

وإنما يُنظرَ إلىٰ هذا المقصود وقتَ العقد، حتىٰ لو تزوَّجها بعد ما وَهَبَ لها: فله الرجوعُ فيها، ولو أبانها بعد ما وَهَبَ لها: فلا رجوعَ.

قال: (وإذا قال الموهوبُ له للواهِب: خُذْ هذا عوضاً عن هِبَتِكَ، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها، فقَبَضَه الواهبُ: سَقَطَ الرجوعُ)؛ لحصول المقصود، وهذه العباراتُ تؤدي معنىً واحداً.

قال: (وإن عوَّضَه أجنبيٌّ عن الموهوبِ له متبرِّعاً، فقَبَضَ الواهبُ العوضَ: بطل الرجوعُ)؛ لأن العوضَ لإسقاط الحَقِّ، فيصحُّ من الأجنبيِّ، كبدل الخلع، والصلح.

---

(١) فيجوز له الرجوع. اللباب في الفقه الشافعي ١/٢٥٧.

وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبةِ : رَجَعَ بنصف العوض.

وإنِ استُحِقَّ نصفُ العوضِ : لم يرجع في الهبة، إلا أن يَرُدَّ ما بقِيَ، ثم يرجعُ.

وإن وَهَبَ داراً، فعوَّضه من نصفها : رَجَعَ الواهبُ في النصف الذي لم يُعوَّض.

قال: (وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبةِ: رَجَعَ بنصف العوض)؛ لأنه لم يَسْلَم له ما يقابِلُ نصفَه.

قال: (وإنِ استُحِقَّ نصفُ العوضِ: لم يرجع في الهبة، إلا أن يَرُدَّ ما بقِيَ، ثم يرجعُ).

وقال زفر رحمه الله: يرجعُ بالنصف؛ اعتباراً بالعوض الآخَر[1].

ولنا: أنه يَصلُحُ عوضاً للكل من الابتداء، وبالاستحقاق ظَهَرَ أنه لا عوضَ له إلا هو[2]، إلا أنه يتخيَّرُ؛ لأنه ما أسقط حَقَّه في الرجوع إلا ليَسلَمَ له كلُّ العوض، ولم يَسلَم، فله أن يردَّه.

قال: (وإن وَهَبَ داراً، فعوَّضه من نصفها: رَجَعَ الواهبُ في النصف الذي لم يُعوَّض[3])؛ لأن المانعَ خَصَّ النصفَ.

---

(١) أي بالموهوب.

(٢) أي الباقي.

(٣) بفتح الواو وكسرها. نسخة ٧٣٨هـ، وكتب عليها: معاً.

ولا يصحُّ الرجوعُ إلا بتراضيهما، أو بحُكم الحاكم.

وإذا تلفتِ العينُ الموهوبةُ، واستحقَّها مستَحِقٌّ، وضَمَّنَ الموهوبَ له: لم يَرجع علىٰ الواهب بشيءٍ.

قال: (ولا يصحُّ الرجوعُ إلا بتراضيهما، أو بحُكم الحاكم)؛ لأنه مختلَفٌ بين العلماء، وفي أصله: وَهَاءٌ[1]، وفي حصول المقصود وعدمِه: خفاءٌ، فلا بدَّ من الفصل بالرضا أو بالقضاء، حتىٰ لو كانت الهبةُ عبداً، فأعتقه قبلَ القضاء: نَفَذَ، ولو مَنَعَه، فهلك: لم يضمن؛ لقيام ملكِه فيه.

وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء؛ لأن أولَ القبضِ غيرُ مضمون، وهذا دوامٌ عليه، إلا أنْ يَمنعَه بعد طلبِه؛ لأنه تعدَّىٰ[2].

وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي: يكون فَسْخاً من الأصل، حتىٰ لا يُشترَطُ قبضُ الواهب، ويصحُّ في الشائع؛ لأن العقدَ وَقَعَ جائزاً موجِباً حَقَّ الفسخ، فكان بالفسخ مستوفياً حَقّاً ثابتاً له، فيَظهرُ علىٰ الإطلاق.

بخلاف الردِّ بالعيب بعد القبض؛ لأن الحَقَّ هناك في وَصْف السلامة، لا في حقِّ الفسخ، فافترقا.

قال: (٧ـ وإذا تلفتِ العينُ الموهوبةُ، واستحقَّها مستَحِقٌّ، وضَمَّنَ الموهوبَ له: لم يَرجع علىٰ الواهب بشيءٍ).

---

(١) أي ضعفٌ، وهو بالمدِّ، لا كما هو في المُغرب، فقد خطَّأ في المُغرب المدَّ، وجَعَلَ القصرَ هو الصواب. ينظر البناية ١٢/٥٤١.

(٢) وفي نُسخ: تَعَدٍّ.

وإذا وَهَبَ بشرط العوض: اعتُبر التقابضُ في العوضَيْن، ويبطلُ بالشيوع.

فإن تقابضا: صحَّ العقدُ، وصار في حُكْمِ البيع، يُرَدُّ بالعيب، وخيارِ الرؤية، وتُستَحَقُّ فيه الشفعةُ.

لأنه عَقْدُ تبرُّعٍ، فلا تُستَحَقُّ فيه السلامةُ، وهو غيرُ عامِلٍ له، والغرورُ في ضِمْنِ عقدِ المعاوضة: سببُ الرجوع، لا في غيره.

قال: (وإذا وَهَبَ بشرط العوض: اعتُبر التقابضُ في العوضَيْن، ويبطلُ[1] بالشيوع)؛ لأنه هبةٌ ابتداءً.

قال: (فإن تقابضا: صحَّ العقدُ، وصار في حُكْمِ البيع، يُرَدُّ بالعيب، وخيارِ الرؤية، وتُستَحَقُّ فيه الشفعةُ)؛ لأنه بيعٌ انتهاءً.

وقال زفر والشافعي[2] رحمهما الله: هو بيعٌ ابتداءً وانتهاءً؛ لأن فيه معنىٰ البيع، وهو التمليكُ بعوضٍ، والعبرةُ في العقود للمعاني، ولهذا كان بيعُ العبدِ من نفسِه: إعتاقاً.

ولنا: أنه اشتمل علىٰ جهتَيْن، فيُجمَعُ بينهما ما أمكن؛ عملاً بالشَّبَهَيْن، وقد أمكن؛ لأن الهبةَ من حُكْمِها: تأخُّرُ الملكِ إلىٰ القبض، وقد يتراخىٰ عن البيع الفاسد، والبيعُ من حُكْمِه: اللزومُ، وقد تنقلبُ الهبةُ لازمةً بالتعويض، فجَمَعْنا بينهما.

---

(١) وفي نُسخ: وتبطل. بالتأنيث.

(٢) اللباب في الفقه الشافعي ١/٢٥٧.

. . . .

بخلاف بَيْعِ نفسِ العبد منه[1]؛ لأنه لا يُمكنُ اعتبارُ البيعِ فيه، إذ هو لا يصلحُ مالكاً لنفسه[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

(١) أي من نفس العبد.

(٢) فيكون إعتاقاً. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

فصلٌ
ومَن وَهَبَ جاريةً إلا حَمْلَها : صحَّتِ الهبةُ، وبَطَلَ الاستثناءُ

فصلٌ
في الهبة للحَمْل

قال: (ومَن وَهَبَ جاريةً إلا حَمْلَها: صحَّتِ الهبةُ، وبَطَلَ الاستثناءُ)؛ لأن الاستثناءَ لا يعملُ إلا في مَحَلٍّ يعملُ فيه العقدُ، والهبةُ لا تعملُ في الحَمْلِ؛ لكونه وصفاً؛ علىٰ ما بيَّنَّاه في البيوع، فانقلب شَرْطاً فاسداً، والهبةُ لا تَبطلُ بالشروط الفاسدة، علىٰ ما نبيِّنه.

وهذا هو الحُكم في النكاح، والخلعِ، والصلحِ عن دمِ العمد؛ لأنها لا تبطلُ بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع، والإجارةِ، والرهنِ؛ لأنها تبطلُ بها.

ولو أعتق ما في بطنِها، ثم وَهَبَها: جاز؛ لأنه لم يَبْقَ الجنينُ علىٰ ملكِه، فأشبه الاستثناءَ الصحيحَ.

ولو دبَّر ما في بطنِها، ثم وَهَبَها: لم يجز؛ لأن الحَمْلَ بقِيَ علىٰ ملكِه، فلم يكن شبيهَ الاستثناء، ولا يمكنُ تنفيذُ الهبة فيه؛ لمكان التدبير، فبقيَ هبةَ المشاعِ، أو هبةَ شيءٍ[1] هو مشغولٌ بملكِ المالك.

---

(١) بنصب: هبة، في المحلَّين، أي بقي هبةُ شيءٍ، فيكون حالاً عن الضمان الذي في بقي. البناية ١٢/ ٥٥٠. قلتُ: وفي نُسخ بالضم: هبةُ المشاع، وهبةُ شيءٍ.

فإن وَهَبَها له علىٰ أن يَردَّها عليه، أو علىٰ أن يُعتِقَها، أو علىٰ أن يَتخذَها أُمَّ ولدٍ، أو وَهَبَ له داراً، أو تصدَّق عليه بدارٍ علىٰ أن يَرُدَّ عليه شيئاً منها بعينها، أو يُعوِّضَه شيئاً منها : فالهبةُ جائزةٌ، والشرطُ باطلٌ.

ومَن كان له علىٰ آخرَ ألفُ درهمٍ، فقال : إذا جاء غَدٌ فهيَ لكَ، أو أنتَ منها بريءٌ، أو قال : إذا أدَّيتَ إليَّ النصفَ فلكَ نصفُه، أو أنتَ بريءٌ. . .

قال: (فإن وَهَبَها له علىٰ أن يَردَّها عليه، أو علىٰ أن يُعتِقَها، أو علىٰ أن يَتخذَها أُمَّ ولدٍ، أو وَهَبَ له داراً، أو تصدَّق عليه بدارٍ علىٰ أن يَرُدَّ عليه شيئاً منها بعينها، أو يُعوِّضَه شيئاً منها: فالهبةُ جائزةٌ، والشرطُ باطلٌ)؛ لأن هذه الشروطَ تخالفُ مقتضىٰ العقد، فكانت فاسدةً، والهبةُ لا تبطلُ بها.

ألا ترىٰ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أجاز العُمْرىٰ، وأبطل شرطَ المُعمِرِ، بخلاف البيع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيعٍ وشرطٍ[1].

ولأن الشرطَ الفاسدَ: في معنىٰ الربا، وهو يعملُ في المعاوضات، دون التبرعات.

قال: (ومَن كان له علىٰ آخرَ ألفُ درهمٍ، فقال: إذا جاء غَدٌ فهيَ لكَ، أو أنتَ منها بريءٌ، أو قال: إذا أدَّيتَ إليَّ النصفَ فلكَ نصفُه، أو أنتَ بريءٌ

---

(١) المعجم الأوسط (٤٣٦١)، معرفة علوم الحديث للحاكم ص ١٢٨، وفيه قصةٌ، المحلىٰ ٤١٥/٨، جامع المسانيد للخوارزمي ٢٢/٢، وينظر نصب الراية ١٧/٤، والتلخيص الحبير ١٢/٣، وقد توسع في تخريجه وبيان ثبوته فضيلة الشيخ محمد عوامة في كتابه النافع المتين: «أثر الحديث الشريف في اختلاف الأئمة الفقهاء رضي الله عنهم» ص ١٣٩.

من النصف الباقي : فهو باطلٌ.

والعُمْرىٰ جائزةٌ للمُعمَرِ له حالَ حياتِه، ولورثتِه من بعد وفاته.

والرُّقْبىٰ باطلةٌ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

من النصف الباقي: فهو باطلٌ)؛ لأن الإبراءَ تمليكٌ من وجهٍ، إسقاطٌ من وجهٍ، وهبةُ الدَّيْن ممن عليه الدينُ: إبراءٌ وإسقاطٌ.

وهذا لأن الدَّيْنَ مالٌ من وجهٍ، ومِن هذا الوجه: كان تمليكاً، ووَصْفٌ من وجهٍ، ومن هذا الوجه: كان إسقاطاً.

ولهذا قلنا: إنه يرتدُّ بالردِّ، ولا يتوقفُ علىٰ القبول، والتعليقُ بالشروط يختصُّ بالإسقاطات المَحْضة التي يُحلَّفُ بها، كالطلاق والعتاق، فلا يتعدَّاها.

قال: (والعُمْرىٰ: جائزةٌ للمُعمَرِ له حالَ حياتِه، ولورثتِه من بعد وفاته)؛ لِمَا روينا[١].

ومعناه: أن يَجعلَ دارَه له مدةَ عُمُرِه، وإذا مات: تُرَدُّ عليه، فيصح التمليكُ، ويبطل الشرطُ؛ لِمَا روينا، وقد بيَّنَّا أن الهبةَ لا تبطلُ بالشروط الفاسدة.

قال: (والرُّقْبىٰ: باطلةٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله).

وقال أبو يوسف رحمه الله: جائزةٌ؛ لأن قولَه: داري لكَ: تمليكٌ، وقولَه: رُقْبىٰ: شرطٌ فاسدٌ، كالعُمْرىٰ.

---

(١) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن أعمر عمرىٰ: فهي للمعمَر له، ولورثته من بعده». وتقدم قريباً في أول كتاب الهبة.

. . . .

ولهما: أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العُمْرىٰ[١]، وردَّ الرُّقبىٰ[٢].

ولأن معنىٰ الرُّقبىٰ عندهما: أن يقولَ: إن مِتُّ قبلَكَ: فهو لكَ، واللفظُ من المراقبة، كأنه يراقِبُ موتَه، وهذا تعليقُ التمليك بالخَطَر، فبَطَلَ.

وإذا لم تصحَّ: تكون عاريةً عندهما؛ لأنه يتضمَّنُ إطلاقَ الانتفاع به، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) بلفظ: العمرىٰ جائزة: في صحيح البخاري (٢٦٢٦)، صحيح مسلم (١٦٢٥).

(٢) بلفظ: لا رقبىٰ: في سنن النسائي (٣٧٠٨)، وكذلك من طريق آخر في سنن ابن ماجه (٢٣٨٢)، وينظر منية الألمعي ص٤٠٢.

فصلٌ في الصدقة

والصدقةُ : كالهبة، لا تصحُّ إلا بالقبض.

ولا تجوزُ في مُشاعٍ يَحتمِلُ القسمةَ.

ولا رجوعَ في الصدقة.

ومَن نَذَرَ أن يَتصدَّقَ بمالِه : يتصدَّقُ بجنس ما تجبُ فيه الزكاةُ.

ومَن نَذَرَ أن يَتصدَّقَ بمِلْكِه : لَزِمَه أن يتصدَّقَ بالجميع.

فصلٌ في الصدقة

قال: (والصدقةُ: كالهبة، لا تصحُّ إلا بالقبض)؛ لأنه تبرُّعٌ، كالهبة.

قال: (ولا تجوزُ في مُشاعٍ يَحتمِلُ القسمةَ)؛ لِمَا بيَّنَّا في الهبة.

قال: (ولا رجوعَ في الصدقة)؛ لأن المقصودَ هو الثوابُ، وقد حصل.

وكذلك إذا تصدَّق علىٰ غنيٍّ؛ استحساناً؛ لأنه قد يُقصَدُ بالصدقة علىٰ الغنيِّ الثوابُ.

وكذا إذا وَهَبَ لفقيرٍ؛ لأن المقصودَ الثوابُ، وقد حصل.

قال: (ومَن نَذَرَ أن يَتصدَّقَ بمالِه: يتصدَّقُ بجنس ما تجبُ فيه الزكاةُ.

ومَن نَذَرَ أن يَتصدَّقَ بمِلْكِه: لَزِمَه أن يتصدَّقَ بالجميع).

ويُرْوىٰ أنه[1]، والأولُ: سواءٌ، وقد ذكرنا الفرقَ.

---

(١) أي الملك، والمراد بقوله: والأول: أي المال. البناية ١٢/٥٦٣.

ويُقالُ له : أمسِكْ ما تُنفِقُه علىٰ نفسك وعيالِكِ إلىٰ أن تَكتسِبَ مالاً، فإذا اكتسب مالاً : يَتصدَّقُ بمِثل ما أنفق .

ووجهَ الروايتَيْن: في مسائل القضاء[١].

(ويُقالُ له: أمسِكْ ما تُنفِقُه علىٰ نفسك وعيالِكِ إلىٰ أن تكتسِبَ مالاً، فإذا اكتسب مالاً: يَتصدَّقُ بمِثل ما أنفق[٢])، وقد ذكرناه من قَبْل[٣]، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

* تمَّ الجزء الخامس، ويليه الجزء السادس، ويبدأ بكتاب الإجارات.

---

(١) في مسألة: مالي في المساكين صدقة.

(٢) وفي نُسخ: بمثل ما أَمْسَكَ. قلت: والمعنىٰ واحد.

(٣) في كتاب القضاء، باب القضاء بالمواري

فهرس موضوعات الجزء الخامس

* * * * *

فهرس مجمل لكتاب الهداية كاملاً

فهرس الجزء الأول

فهرس الجزء الثاني

فهرس الجزء الثالث

فهرس الجزء الرابع

فهرس الجزء الخامس

فهرس الجزء السادس

فهرس الجزء السابع

* * * * *